

Spesiell kompetanse eller manglende distanse?

Ei vurdering av praksis for inhabilitet i Høyesterett som følge av faglige ytringer, sett særlig i lys av upartiskhet og tillit

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 37 498



JUS397 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

24. juni 2022

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| Innholdsfortegnelse | 2 |
| 1 Innledning..... | 5 |
| 1.1 Tema og aktualitet..... | 5 |
| 1.2 Begrepsavklaring..... | 7 |
| 1.2.1 «Faglige ytringer» | 7 |
| 1.2.2 Forholdet mellom «fagbakgrunn» og «faglig forutinntatthet»..... | 7 |
| 1.3 Metode..... | 8 |
| 1.4 Rettskildebildet..... | 10 |
| 1.5 Presiseringer og avgrensninger | 11 |
| 1.6 Videre framstilling | 13 |
| 2 Bakteppe..... | 14 |
| 2.1 Innledning..... | 14 |
| 2.2 Om rettsanvendelsesprosessen | 14 |
| 2.3 Om dommeratferd | 16 |
| 2.4 Introduksjon til upartiskhet | 18 |
| 2.4.1 Innledning..... | 18 |
| 2.4.2 Kartlegging av begrepet upartiskhet..... | 19 |
| 2.5 Habilitetsreglenes overordna legislative begrunnelse | 21 |
| 2.6 Tillit som avgjørende hensyn i vurderinger av habilitet og upartiskhet..... | 23 |
| 2.7 (Mot)hensynene kompetanse og bredde..... | 24 |
| 3 Rettslig rammeverk | 25 |
| 3.1 Innledning..... | 25 |
| 3.2 Menneskerettslige rammer | 25 |
| 3.2.1 Retten til «upartisk domstol» | 25 |
| 3.2.1.1 Grunnloven § 95..... | 25 |
| 3.2.1.2 EMK art. 6..... | 26 |
| 3.2.1.3 Nærmere om art. 6 og faglige ytringer | 29 |
| 3.2.1.4 Kan også konstatering av in habilitet krenke retten til upartisk domstol? | 30 |
| 3.2.2 Retten til ytringsfrihet | 32 |
| 3.3 Domstoloven § 108 | 33 |
| 3.3.1 Overordna om domstoloven § 108..... | 33 |
| 3.3.2 Hvem er tilskueren når forholdet vurderes «fra utsiden»? | 34 |
| 3.4 Prosessuelle virkninger av inhabilitet | 37 |

| | | |
|---------|---|----|
| 3.4.1 | Virkninger for domstolens sammensetning..... | 37 |
| 3.4.2 | Virkninger for sakens gang | 38 |
| 4 | Faglige ytringer i praksis..... | 39 |
| 4.1 | Innledning..... | 39 |
| 4.2 | Overordna om hvorfor faglige ytringer kan virke inhabiliserende..... | 40 |
| 4.3 | Overordna om sentrale momenter i habilitetsvurderinger knytta til faglige ytringer..... | 42 |
| 4.4 | Praksis om ulike typetilfeller av faglige ytringer | 42 |
| 4.4.1 | Faglige ytringer i form av juridisk litteratur..... | 42 |
| 4.4.1.1 | Ytringas nærmere karakteristikker | 42 |
| 4.4.1.2 | Utgangspunkt og begrunnelse for at juridisk litteratur kan virke inhabiliserende | 43 |
| 4.4.1.3 | Gjennomgang av praksis | 44 |
| 4.4.2 | Faglige ytringer i form av deltakelse i lovforarbeid..... | 49 |
| 4.4.2.1 | Ytringas nærmere karakteristikker | 49 |
| 4.4.2.2 | Utgangspunkt og begrunnelse for at lovforarbeid kan virke inhabiliserende .. | 51 |
| 4.4.2.3 | Et innledende metodisk poeng om saker hvor dommeren identifiseres med en samboer/ektefelle | 53 |
| 4.4.2.4 | Gjennomgang av praksis | 53 |
| 4.4.2.5 | Nærmere om identifikasjonstilfellene | 59 |
| 4.4.3 | Faglige ytringer gjennom organisasjonsdeltakelse | 61 |
| 4.4.3.1 | Ytringas nærmere karakteristikker | 61 |
| 4.4.3.2 | Utgangspunkt og begrunnelse for at organisasjonsdeltakelse kan virke inhabiliserende | 61 |
| 4.4.3.3 | Gjennomgang av praksis | 62 |
| 5 | Praksis i et konsistensperspektiv | 68 |
| 5.1 | Innledning..... | 68 |
| 5.2 | I hvilken grad kan man forvente konsistens i praksis om eksterne faglige ytringer? | 69 |
| 5.2.1 | I hvilken grad er det indikasjoner på at det bør være konsistens?..... | 69 |
| 5.2.2 | I hvilken grad er typetilfellene så like at det lar seg gjøre å søke etter konsistens? 71 | |
| 5.3 | I hvilken grad er det mulig å identifisere konsistens i praksis om eksterne faglige ytringer? | 72 |
| 5.4 | Forhold som kan forklare tilsynelatende inkonsistens | 75 |
| 5.4.1 | Sakstype | 75 |
| 5.4.2 | Partenes syn..... | 77 |
| 5.4.3 | Dommerens eget syn | 79 |
| 5.4.4 | Samla inntrykk | 80 |

| | |
|---|-----|
| 5.5 Sideblikk til praksis om interne faglige ytringer | 80 |
| 5.5.1 Innledning..... | 80 |
| 5.5.2 Interne faglige ytringer – isolert og i et konsistensperspektiv | 81 |
| 6 Avsluttende gjensyn med tillit og upartiskhet..... | 84 |
| 6.1 Innledning..... | 84 |
| 6.2 I hvilken grad sikrer praksis tillit?..... | 84 |
| 6.3 I hvilken grad sikrer praksis opplevd upartiskhet?..... | 87 |
| 6.3.1 Innledning..... | 87 |
| 6.3.2 Nærmere vurdering | 87 |
| 6.4 Avsluttende betraktninger | 94 |
| Litteraturliste | 96 |
| Norske lover | 96 |
| Forarbeider og granskningsrapporter | 96 |
| Høyesterettspraksis..... | 97 |
| Praksis fra lagmannsrettene..... | 98 |
| Konvensjoner og resolusjoner | 98 |
| Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen | 98 |
| Praksis fra andre internasjonale domstoler..... | 99 |
| Utenlandske lover..... | 100 |
| Praksis fra utenlandske domstoler..... | 100 |
| Bøker og avhandlinger | 101 |
| Artikler i aviser, tidsskrifter, antologier og leksikon | 103 |
| Guider og retningslinjer | 107 |
| Annet | 108 |

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Det finnes ei rekke eksempler på dommere som har blitt møtt med habilitetsinnsigelser etter å ha bedrevet fagrelaterte aktiviteter utenfor dommervirket.¹ I norsk rett er et eksempel fra nyere tid HR-2020-2079-P, hvor dommer Noer, som følge av sitt styremedlemskap i miljørettsorganisasjonen World Commission on Environmental Law, ble funnet inhabil til å dømme i det såkalte «klimasøksmålet».² Som jeg ser det, kunne man vurdert Noers styremedlemskap etter to ulike innfallsvinkler: På den ene sida kunne man anse Noer som *spesielt kvalifisert* til å dømme i klimasøksmålet, ettersom hun hadde særlig kjennskap til utviklinga på det internasjonale klimarettfeltet. På den andre sida kunne denne særlige kjennskapen også oppfattes som et særlig engasjement, som gjorde henne mindre egna til å vurdere klimaspørsmålet på «ein objektiv og nøytral måte».³ Rettens beslutning om inhabilitet fulgte, som sitatet indikerer, den siste innfallsvinkelen.

Lignende problemstillinger har oppstått for både utenlandske og internasjonale domstoler, og viser det potensielle mangfoldet i situasjoner som kan aktualisere grensedragninga spesiell kompetanse/manglende distanse. I for eksempel *Prosecutor v. Furundžija*, hvor Anto Furundžija sto tiltalt foran Det internasjonale krigsforbrytertribunalet for det tidligere Jugoslavia for blant annet massevoldtekt av internerte bosnjaker, var spørsmålet om dommer Florence Mumba måtte vike sete som følge av at hun, som medlem av FNs kvinnekommisjon, måtte anses å ha slutta seg til kommisjonens resolusjoner om fordømmelse av systematisk voldtekt og kommisjonens uttalte målsetting om å fremme kvinners rettigheter. Under henvisning til at disse holdningene lå til grunn for opprettelsen av krigsforbrytertribunalet og «merely reflect the objectives of the United Nations», fant retten at Mumba var habil.⁴

Fra amerikansk rett er et kjent eksempel *Laird v. Tatum*, som gjaldt påstander om at den amerikanske hæren hadde bedrevet ulovlig overvåkning av lovlig politisk aktivitet. Saksøkeren hevdet at dommer William Rehnquist måtte vike sete fordi han, som tidligere «U.S. Assistant Attorney General of the Office of Legal Council», ved flere anledninger hadde gjort rede for grunnlovsmessigheta av statlig overvåkning. Rehnquist ble funnet habil, ettersom man måtte

¹ Jeg bruker a-form på substantiv og verb hvor det, i henhold til Bokmålsordbokas skriveregler på ordbok.uib.no, er tillatt.

² HR-2020-2472-P. Saken gjaldt grunnlovsmessigheta av utvinningstillatelser for petroleum i Barentshavet.

³ Jf. førstvoterende i avsnitt 48.

⁴ *Prosecutor v. Furundžija*, (2000) IT-95-17/1 avsnitt 201.

regne med at dommerne kunne ha bestemte syn på konstitusjonen og fordi «[p]roof that a Justice's mind at the time he joined the Court was a complete tabula rasa in the area of constitutional adjudication would be evidence of lack of qualification, not lack of bias».⁵

For norsk retts del, førte spørsmålet om Noers habilitet i klimasøksmålet til dissens (10-5), og seinere til diskusjon (primært i form av kritikk) i både faglige og ikke-faglige fora.⁶ Det var dermed ikke *gitt* at resultatet i HR-2020-2079-P ville bli som det ble. Dette illustrerer ei av utfordringene knytta til faglige ytringer som habilitetsgrunn: Det er ofte ikke åpenbart at det ene resultatet (habilitet/inhabilitet) vil være mer formålstjenlig enn det andre.

Grunnleggende sett er habilitetsreglene formål å sikre at domstolene er, og oppfattes som, upartiske. Domstolenes upartiskhet regnes som helt fundamental, som ei forutsetning for rettsstaten og «rettsstatsideologiens udiskutable kjerne».⁷ I forlengelsen av dette skal habilitetsreglene sikre partene og allmennhetas tillit til domstolene og til domstolenes avgjørelser. Denne tillita er igjen helt kritisk for «den langsiktige forvaltningen av den dømmende makt».⁸ Det kan dermed, i et rettsstatlig perspektiv, regnes som helt avgjørende at habilitetsreglene praktiseres på en måte som sikrer opplevd upartiskhet⁹ og tillit. Dualismen i faglige ytringer, ved at de på den ene sida er kompetansestykende og på den andre potensielt ensidiggjørende, medfører imidlertid, som diskusjonen etter HR-2020-2079-P illustrerer, at det ofte kan være vanskelig å avgjøre om ei enkeltytring vil styrke eller svekke den opplevde upartiskhet og tillit. I lys av viktigheta av at habilitetsavgjørelser treffes med grunnlag i disse rettsstatlige verdiene, kan denne uklarheta være problematisk.

Litteraturen på området har i noen grad behandla faglige ytringer som inhabilitetsgrunn. Det finnes en mengde litteratur som behandler dommeres habilitet *generelt*. Disse framstillingene inneholder ofte også en kortere redegjørelse for praksis om ulike typer faglige ytringer, men uten at de faglige ytringene ses i sammenheng.¹⁰ Ola Johan Settems bok *Dommarar som ytrar seg* (2019)¹¹ gir imidlertid et godt overblikk, og har gitt meg inspirasjon til å gå vidare inn i

⁵ *Laird v. Tatum* (1972) 409 U.S. 824 avsnitt 835.

⁶ Eksempelvis Settem (2021), Backer (2020), Schmidt (2020) og Christensen (2020).

⁷ Aarli (2021) side 193. Se også Dok. nr. 16 (2011-2012) side 123, som framhever kravet om uavhengige og upartiske dommere som et «grunnleggende rettsstatsprinsipp», samt Aall (2022) side 437, som skriver at upartiskhet er av «fundamental betydning i en demokratisk rettsstat».

⁸ Aarli (2021) side 193.

⁹ Med «opplevd upartiskhet» sikter jeg til et skille mellom upartiskhet som rettslig begrep (som det framgår av blant annet EMK art. 6 og Grunnloven § 95) og upartiskhet som intuitiv følelse. Se nærmere i punkt 2.4.

¹⁰ For eksempel Backer (2020) sider 129-130, Skoghøy (2017) side 181-187, Bøhn (2013) sider 421-424 og side 450 og Skoghøy (2009a).

¹¹ Settem (2019).

tematikken – fra litt andre innfallsvinkler.¹² Også internasjonalt virker det å være interesse for faglige ytringer som tema, og det finnes flere artikler som – mer eller mindre dyptgående – diskuterer faglige ytringer utfra et upartiskhetsperspektiv.¹³

Slik jeg ser det er det imidlertid et behov for å *videreutvikle* forståelsen for hvorfor faglige ytringer kan virke inhabiliserende, for å *klargjøre* innholdet og sammenhengene i norsk praksis om faglige ytringer, og for å *analysere* hvordan praksis virker inn på upartiskhet og tillit. I det videre vil jeg forsøke å gi et bidrag til styrkinga av kunnskapsgrunnlaget på disse punktene. Og på bakgrunn av det jeg finner, vil jeg vurdere i hvilken grad praksis, i lys av tillit og upartiskhet, har truffet den riktige balansen i grensdragninga mellom spesiell kompetanse og manglende distanse.

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 «Faglige ytringer»

Med «ytringer» mener jeg forhold som kan leses som uttrykk for en idé eller mening.¹⁴ Begrepet omfatter ikke bare verbale ytringer, og derfor vil for eksempel organisasjonsdeltakelse *i seg selv* kunne utgjøre ei ytring. Det sentrale er at dommeren, i et eller anna format, har formidla noe som – mer eller mindre klart – kan leses som uttrykk for ei mening.

Med «faglige» ytringer mener jeg juridiske-faglige ytringer, forstått som faglig funderte ytringer som er egna til å gi inntrykk av den ytrendes syn på bestemte rettslige spørsmål. Jeg bruker termen «faglig» i stedet for «juridisk-faglig» av hensyn til språklig flyt. Videre har jeg valgt termen «faglig» over «juridisk» fordi jeg mener «juridiske ytringer» retter tanken mot ytringer med rettslige virkninger, mens «faglige ytringer» i større grad retter tanken mot dommeren som *fagperson*. Intensjonen min med denne begrepsbruken er å framheve dommeren som aktør i utviklinga av sitt fagfelt, og å tydeliggjøre at dette er en noe annen rolle enn den dommeren inntar når hun løser konkrete rettslige spørsmål i domstolene.

1.2.2 Forholdet mellom «fagbakgrunn» og «faglig forutinntatthet»

I enkelte sammenhenger bruker jeg termene «fagbakgrunn» eller «faglig bakgrunn». Med disse mener jeg å fange opp helheta i dommerens utdanning, etterutdanning, selvstudium og

¹² Som det framgår avslutningsvis i dette punktet, er min innfallsvinkel å vurdere praksis utfra et konsistensperspektiv, og å vurdere hvordan praksis virker inn på upartiskhet og tillit. I tillegg har jeg et snevrere utvalg typetilfeller enn Settem, som også vurderer ikke-faglige ytringer og tidligere yrkesroller.

¹³ For eksempel Bull (2017), Mégret (2011) og Meron (2005).

¹⁴ Jf. også Ytringsfrihetskommissjonen i NOU 1999:27: «En ytring kan defineres som formidling av informasjon eller ideer (meninger)» (side 26).

yrkeserfaring. Dersom en dommer for eksempel har spesialisert seg innenfor strafferett og tilbragt store deler av sitt yrkesaktive liv i påtalemyndigheten, vil dommerens «fagbakgrunn» være en ganske annen enn en dommer som har spesialisert seg innenfor kontraktsrett og slått seg opp i entrepriseavdelinga av et advokatkontor.

Med «faglig forutinntatthet» mener jeg å beskrive en tilstand hvor dommeren førtidig har inntatt standpunkter, holdninger eller forventninger av betydning for spørsmål som skal opp til behandling. Denne forutinntattheta kan gjelde mer eller mindre sentrale aspekter av de aktuelle spørsmålene og kan være mer eller mindre artikulert eller bevisst, men kvalifikasjonen «faglig» innebærer at forutinntattheta bygger på dommerens fagbakgrunn.

1.3 Metode

Oppgaven inneholder to overordna plan: Ett med fokus på konkret kartlegging av gjeldende rett og ett mer abstrakt, med fokus på å forstå gjeldende rett i lys av tillit og upartiskhet. I tillegg vil jeg, i et slags komparativt perspektiv,¹⁵ vurdere i hvilken grad praksis har indre sammenheng, og i hvilken grad praksis gir god sammenheng med en lignende inhabilitetsgrunn. Oppgaven inneholder dermed tre ulike innfallsvinkler til gjeldende rett, alle med sine særskilte metodiske utfordringer. Jeg vil derfor her si noe kort om hvordan jeg går fram metodisk i relasjon til de ulike innfallsvinklene.

I kartlegginga av gjeldende rett er utgangspunktet mitt alminnelig juridisk metode. Lovens ordlyd, startpunktet i rettsanvendelsesprosessen,¹⁶ er imidlertid svært skjønsmessig og gir lite veiledning for de vanskelige grensdragningene som faglige ytringer reiser. Ettersom de aktuelle forarbeidene er gamle og kortfattede, gir heller ikke disse noen særlig veiledning.¹⁷ Derimot finnes en del høyesterettspraksis. Hovedfokuset for kartlegginga av gjeldende rett ligger derfor i en gjennomgang av denne, med grunnlag i tre ulike typetilfeller av ytringer. Jeg har i denne gjennomgangen forsøkt å følge alminnelig tolkingslære,¹⁸ og å gjengi avgjørelsens faktum og domsgrunner på en samvittighetsfull måte. Enkelte steder er retten uklar i sine

¹⁵ Omtalen av perspektivet som komparativt, bygger på Asp (2004) side 54-55, om det «internt komparativa perspektivet».

¹⁶ For oppgaven er domstoloven § 108 det primære rettsgrunnlaget, og dermed startpunktet, for rettsanvendelsen (Monsen 2012 side 22).

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 1 (1910), Indst. O. XV (1912), Ot.prp. nr. 10 (1913), Indst. O. I 1914.

¹⁸ Som hos Monsen (2012) side 146 flg.: Utgangspunkt er tolking i samsvar med vanlig språkbruk, men likevel ikke ei like finmaska tolking som den man kan foreta ovenfor tekster som er autoritativt vedtatt (lov). Andre relevante tolkningsmomenter er sakens faktum, foreliggende rettskildemateriale, og partenes anførsler.

begrunnelser, og dersom jeg i slike tilfeller forsøker å konstruere en begrunnelse, gir jeg uttrykk for at det er en konstruksjon.¹⁹

Det knytter seg imidlertid noen særlige utfordringer til *utvalget* av praksis. For det første er det ikke sikkert at dommerens habilitet alltid tematiseres, til tross for at det foreligger omstendigheter som kan virke inhabiliserende. For det andre er habilitetsavgjørelser ofte svært knappe, slik at det er vanskelig å vurdere hva retten la avgjørende vekt på. Dette kan medføre at det ikke er mulig å si noe sikkert om hvor mye som skal til for å nå terskelen for inhabilitet. Flere steder påpeker jeg utfordringene knytta til dette siste momentet, slik at leseren har innsyn i analysens usikkerheter.²⁰

I relasjon til anvendelsen av tillit og upartiskhet som analyseverktøy, er ei særlig utfordring å fastlegge begrepenes innhold. Ettersom et sentralt aspekt ved upartiskhet er partenes og allmennhetens *opplevelse* av retten som upartisk, er tilnærminga mi til upartiskhet å si noe om upartiskhet som del av den alminnelige rettferdighetsfølelsen.²¹ Framgangsmåten i møte med noe så abstrakt blir, som Rytter formulerte det, gjerne «en mindre veldefinerte, mere «kreativ» proces».²² Jeg trekker derfor veksler på en rekke kilder, herunder rettshistorie, symboler og rettspraksis,²³ i tillegg til min egen intuitive opplevelse av upartiskhet. Også tillit er et abstrakt og uavklart begrep, som krever ei mer «kreativ» tilnærming. Her bygger jeg primært på enkelte overordna synspunkter fra tillitsforskning om hvilke faktorer som typisk styrker tillit,²⁴ men går også, med et kritisk perspektiv, inn på rettens anvendelse av tillit som hensyn. Framgangsmåten i relasjon til tillit og upartiskhet vil bli diskutert flere steder i oppgaven.

Også det mer komparative perspektivet reiser noen metodiske utfordringer. Den første er å vurdere om de ulike typetilfellene av ytringer i det hele tatt er sammenlignbare, eller om ei slik sammenligning vil være å sammenligne epler og pærer. Dersom de ulike typetilfellene er så

¹⁹ Monsen (2012) side 153.

²⁰ Se Mæhle (2015) side 135, som framhever «[k]ravet om å gjøre forskningsarbeidet transparent» som et av rettsforskningens allmenne grunnkrav.

²¹ «Den alminnelige rettferdighetsfølelsen» er et abstrakt og omdiskutert begrep. Enkelte, som Alf Ross, mener at det ikke lar seg gjøre å tale om noen «alminnelig rettferdighetsfølelse», fordi begrepet er et «følelsesmessig uttrykk» uten «deskriptiv mening» (se Ross (1953) sider 351-364, sitert fra side 358). Jeg mener likevel at det, for enkelte mer grunnleggende rettsspørsmål (herunder spørsmål om upartiskhet), finnes en form for intuisjon – en magefølelse, om rett og galt – som ligger som noe felles for de fleste medlemmer av en (retts)kultur (se Sunde (2005) kapitler 24 og 26, om hvordan rettferdighetsidealet endrer seg med rettskulturen). Det er denne intuisjonen jeg omtaler når jeg bruker termen «alminnelig rettferdighetsfølelse». Begrepet har et visst fotfeste også i rettspraksis, for eksempel i Rt. 1999 s. 1898 A, hvor flertallet uttalte at det måtte «tas hensyn til alminnelig rettferdighetsfølelse».

²² Rytter (2021) side 144.

²³ Jf. også Rytter (2021) side 146, som anbefaler å finne konkret uttrykk for det abstrakte.

²⁴ Ellingsen (2014).

like at det lar seg gjøre å sammenligne dem, blir ei neste utfordring å vurdere om eventuelle ulikheter i utfall skyldes ulikheter i de konkrete omstendighetene eller om ulikhetene skyldes en inkonsistent rettsanvendelse. Jeg drøfter dette nærmere i kapittel 5.

Som det framgår av det foregående, har jeg ei *rettsdogmatisk* tilnærming til oppgavens problemstilling,²⁵ men likevel slik at perspektivet ofte vil være granskende og kritisk. Slik sett kan oppgaven enkelte steder komme nært opp til – eller over – grensa for det rettspolitiske. De stedene hvor jeg skjener over i det rettspolitiske, vil jeg tydeliggjøre at jeg uttaler meg rettspolitisk. Rettspolitisk argumentasjon vil jeg forsøke å forankre i tungtveiende og anerkjente rettspolitiske hensyn, som hensynet til konsistens i rettsystemet og hensynet til grunnleggende rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger (primært hensynet til upartiskhet og tillit).²⁶

1.4 Rettskildebildet

Dommeres habilitet reguleres i domstoloven kapittel 6 om «Ugildhet». Kapittelet inneholder flere bestemmelser som angir omstendigheter som må eller kan virke inhabiliserende (se §§ 106-110). Faglige ytringer vurderes etter dl. § 108. Bestemmelsen omtales gjerne som en «relativ» inhabilitetsregel (i motsetning til de «absolutte» i for eksempel dl. § 106), ettersom bestemmelsen gir anvisning på ei skjønnsmessig vurdering som *kan* munne ut i inhabilitet.²⁷ Skjønnsmessigheta medfører at de nærmere retningslinjene for habilitetsvurderinga må fastlegges gjennom rettspraksis.²⁸ Selv om dl. § 108 er det primære rettsgrunlaget for vurderingene i denne oppgaven, er det derfor rettspraksis som vil stå sentralt som rettskilde. Jeg fokuserer primært på høyesterettsavgjørelser som gjelder de typetilfellene jeg behandler, men vil også enkelte steder – hvor jeg belyser mer generelle problemstillinger – se hen til avgjørelser som omhandler andre inhabilitetsgrunner.²⁹ Jeg kommer i underkapittel 4.1 nærmere tilbake til utvalget av praksis.

I tillegg til § 108, som forankrer habilitetsvurderingene, finnes ei rekke bestemmelser som regulerer *konsekvensene* av habilitet/inhabilitet. Det kan argumenteres for at disse bør ha, eller har, betydning for habilitetsvurderinga. Jeg drøfter dette i underkapittel 3.4.

²⁵ Jeg forstår rettsdogmatikk i sin vide forstand, som alt som handler om hvordan rettstilstanden *er*. Med rettspolitikk mener jeg da det som om hvordan rettstilstanden *bør* være (Rytter 2021 side 237).

²⁶ Rytter (2021) side 241, som mener rettspolitisk argumentasjon bør forankres i «legitime rettspolitiske hensyn».

²⁷ Backer (2020) side 126.

²⁸ I henhold til alminnelig metodelære vil normalt også forarbeidene kunne gi viktige bidrag til lovtolkning. Som nevnt ovenfor, er imidlertid forarbeidene så gamle og kortfatta at de ikke gir noen veiledning for mitt spørsmål.

²⁹ For eksempel punkt 3.3.1 og 5.4.3.

Habilitetsreglene må praktiseres i tråd med kravene som oppstilles i Grunnloven § 95 om retten til en uavhengig og upartisk domstol. Som jeg kommer tilbake til, har praksis om faglige ytringer også ei side til § 100 om ytringsfrihet. Videre følger det av menneskerettsloven § 3 at bestemmelser i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Habilitetsreglene må derfor også praktiseres i tråd med EMK sine krav til domstolene, slik disse kravene til enhver tid forstås av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).³⁰ For mitt tema er det særlig EMK art. 6 om retten til en uavhengig og upartisk domstol, men også til dels art. 10 om ytringsfrihet, som vil være relevant. Jeg kommer tilbake til Grunnloven og EMK under punkt 3.2.1.

Som allerede nevnt, er det skrevet en del om både habilitet generelt og habilitet i relasjon til faglige ytringer spesielt. Disse framstillingene dreier seg, på grunn av rettskildesituasjonen ellers, primært om å kartlegge og forstå praksis. Juridisk teori vil derfor særlig være relevant for fortolkninga av praksis.

1.5 Presiseringer og avgrensninger

Begrepet «faglige ytringer» er vidt, og omfatter i utgangspunktet både ytringer framsatt utenfor domstolsarbeid («eksterne» ytringer) og ytringer framsatt i forbindelse med domstolsarbeid («interne» ytringer). Mitt primære fokus er eksterne ytringer, i form av juridisk litteratur, lovforarbeid og organisasjonsdeltakelse. I kapittel 5, om sammenhenger i praksis, vil jeg se hen til også interne ytringer – men da med formål om å belyse praksis om de eksterne.

Videre skiller jeg i utgangspunktet mellom ytringer om juss og ytringer om faktum (subsumsjon), og fokuserer derfor primært på ytringer som gjelder spørsmål om hvilke kilder som er relevante, hvordan kildene skal tolkes, og hvilken vekt kildene skal gis. Grensedragninga er imidlertid ikke helt entydig. I enkelte tilfeller vil for eksempel synspunkter om reint rettslige spørsmål være så spesifikke at synspunktet om det rettslige også innebærer en form for subsumsjon.³¹ I relasjon til mitt tema – om den reint faglige forutinntattheta – er imidlertid dette uproblematisk så lenge synspunktet ikke knytter seg til noen enkeltsak.³² Ytringer som gjelder

³⁰ Jf. EMK art. 46.

³¹ Eksempel er Rt. 2003 s. 1094 A, hvor Skoghøys analyse av forholdet mellom forbudet mot dobbeltstraff og ileggelse av konkursskarantene, også må leses som uttrykk for en form for subsumsjon i relasjon til tilfeller hvor noen har blitt ilagt både konkursskarantene og en annen form for straff.

³² Jeg avgrenser derfor mot blant annet Rt. 2009 s. 454 P, hvor Skoghøy, i tillegg til å ytre seg om et generelt rettslig spørsmål (om samboerskap med regjeringsadvokaten skal inhabilisere), hadde tatt stilling til hva som burde bli utfallet i en konkret sak (om Coward burde vike sete). Saken, som faller innafor typetilfellet juridisk litteratur, er i utgangspunktet interessant, idet den kan indikere at det er en litt annen terskel for faglige ytringer som har et slags «prosessledende» preg. Det saksspesifikke – og til dels også omstendighetene rundt ytringa (særlig dommernes plikt til å melde fra om inhabilitet) – gjør imidlertid at saken faller på sida av oppgavens kjernetema.

enkeltsaker kan oppfattes som uttrykk for også andre former for forutinntatthet, og faller derfor utenfor oppgavens rammer.

Jeg behandler habilitetsspørsmål knytta til både straffesaker og sivile saker, og behandler i utgangspunktet sakstypene under ett. Under punkt 5.4.1 vil jeg imidlertid drøfte om, og eventuelt i hvilken grad, sakstype påvirker terskelen for inhabilitet.

Jeg avgrensar mot ytringer framsatt i forbindelse med arbeid i granskningsutvalg – også hvor granskningsarbeidet primært har dreid seg om rettslige spørsmål. I utgangspunktet kunne imidlertid slike ytringer vært relevant. Dommer Skoghøys deltakelse i NAV-utvalget,³³ som ble oppretta etter avdekkinga av at NAV i mange år hadde feilpraktisert folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området, er illustrerende. Skoghøys bidrag begrensa seg til ei utredning av innholdet i relevante bestemmelser i EØS-regelverket,³⁴ og de aktuelle ytringene var følgelig i sin karakter ganske lik andre eksterne juridisk-faglige ytringer. I HR-2021-1051-F førte granskningsarbeidet til at Skoghøy måtte vike sete ved behandlinga av trygdesaker som var gjenopptatt som følge av avdekkinga.³⁵

I utgangspunktet kunne det vært interessant å vurdere HR-2021-1051-F nærmere. NAV-utvalget – herunder den sida av NAV-utvalget som bare behandla de rettslige sidene av saken – var imidlertid så tett knytta opp til det sakskomplekset som trygdesaken var en del av, at utvalgsarbeidet får en svært saksspesifikk karakter. Dette gjør at ytringene faller utenfor oppgavens kjernetema. Til dette kommer også at Skoghøy året før hadde uttalt seg skarpt om Høyesteretts tilnærming til de aktuelle spørsmålene,³⁶ uten at disse uttalelsene ble kommentert av retten. Det virker likevel ikke helt usannsynlig at uttalelsene kan ha hatt betydning for habilitetsvurderinga.

Videre avgrensar jeg mot muntlige ytringer framsatt i en sammenheng som ikke var åpent tilgjengelig for allmennheta – typisk på tidligere arbeidssted. Til illustrasjon er Rt. 2005 s. 1217, hvor dommer Øie ble funnet inhabil fordi hun hadde vært ansatt i Justisdepartementets lovavdeling mens avdelinga arbeida med relevant lov- og saksarbeid. Øie hadde imidlertid ikke *selv* arbeida med disse spørsmålene. Det inhabiliserende knytta seg til at den aktuelle problemstillinga «i hennes tid i lovavdelingen over lang tid var mye omtalt og diskutert – også

³³ Oppnevnt i forbindelse med NOU 2020: 9.

³⁴ NUT 2020: 1.

³⁵ HR-2021-1041-F avsnitt 14.

³⁶ Kolsrud (2019).

utenfor den krets i avdelingen som har arbeidet med de aktuelle spørsmålene».³⁷ Avgjørelsen kan indikere at utstrakt fagdiskusjon kan oppfattes som uttrykk for kvalifisert faglig forutinntatthet. Typetilfellet har imidlertid ei så klar side til inhabilitet som følge av tidligere arbeidssteds tilknytning til saken, at jeg har funnet det nødvendig å avgrense.

Til slutt avgrenser jeg oppgaven til vurderinger av habilitet i Høyesterett. Dette skyldes at habilitetsavgjørelser i Høyesterett aktualiserer en rekke særhensyn som jeg ønsker å gå nærmere inn på, for eksempel betydninga av at habilitetsavgjørelsen treffes i forbindelse med en plenumssak, og betydninga av Høyesteretts særlige posisjon som øverste domstol. Dersom jeg også skulle behandle habilitet i lavere instanser, ville oppgaven bli for omfattende. Jeg går dermed ikke inn på spørsmålet om hvorvidt det er ulik terskel for inhabilitet i Høyesterett og i lavere instanser. I forlengelsen av dette, ligger også at jeg ikke behandler vurderinger av sakkyndiges eller meddommeres habilitet.

1.6 Videre framstilling

Oppgaven inneholder, foruten dette innledende kapittelet, fem kapitler, som alle behandler oppgavens tema utfra ulike perspektiver. Jeg vil først, i kapittel 2, se temaet fra et mer abstrakt nivå, for å identifisere hvilke overordna konseptuelle rammer som habilitetsreglene virker innfor. Her forsøker jeg blant annet å operasjonalisere upartiskhet og tillit, slik at jeg seinere (særlig i kapittel 6), kan bruke disse som analyseverktøy. I kapittel 3 redegjør jeg for habilitetsreglenes *rettslige* rammeverk, slik det framgår av norsk og internasjonal rett. I kapittel 4 vurderer jeg hvordan habilitetsreglene praktiseres i relasjon til tre typetilfeller av faglige ytringer: juridisk litteratur, lovforarbeid og organisasjonsdeltakelse. I kapittel 5 vurderer jeg i hvilken grad praksis kan ses som ei helhet, mens jeg i det sjette og siste kapitlet gjør ei avsluttende vurdering av i hvilken grad praksis ivaretar upartiskhet og tillit.

Hvert kapittel innledes med en redegjørelse for innholdet i, og bakgrunnen for, det aktuelle kapitlet. Jeg vil derfor komme tilbake til *hvorfor* jeg har valgt den skisserte strukturen.

³⁷ Rt. 2005 s. 1217 A avsnitt 7.

2 Bakteppe

2.1 Innledning

Habilitetsreglene eksisterer i, og må forstås på bakgrunn av, sin kontekst. For det første må reglene ses i sammenheng med den prosessen dommere, som rettsanvendere, går gjennom for å løse et rettsspørsmål, og de aspektene ved denne prosessen som skaper behovet for habilitetsregler. Videre må de forstås i sammenheng med de menneskelige begrensninger som gjør dommere aldri vil kunne være helt nøytrale. Endelig må reglene forstås i sammenheng med overordna verdibetraktninger, samt reglenes mer konkrete legislative begrunnelse. Samla utgjør disse elementene habilitetsreglenes bakteppe – den kontekst som grensedragninga habilitet/inhabilitet må foregå på bakgrunn av.

2.2 Om rettsanvendelsesprosessen

Norsk rettsvitenskapelig utdanning innebærer at kommende jurister trenes opp i rettsanvendelse, med sikte på at retten skal anvendes så likt som mulig. Etter gjeldende metodelære skal rettsanvendelsesprosessen bygge på prinsipper om relevans, tolking/slutning og vekting/harmonisering.³⁸ Dette innebærer at både valg av rettslige kilder, tolking av kildene, vekting av den enkelte kilden og vekting av den enkelte kilden i forhold til andre kilder er underlagt nærmere bestemte retningslinjer, som utledes av og utvikles gjennom rettspraksis.³⁹

For de fleste rettsspørsmål er det både et begrensa antall kilder, et begrensa antall tolkningsmuligheter, og begrensa tvil om hvilken vekt den enkelte kilde skal gis i forhold til andre kilder. I slike tilfeller skjer både utledinga og anvendelsen av rettsregelen på et nærmest forhåndsbestemt vis, og man kan anta at de fleste jurister vil komme til det samme resultatet. Det er i slike tilfeller lite rom for rettsanvenderens individuelle skjønsmessige vurderinger.

For enkelte rettsspørsmål kan det imidlertid foreligge ei rekke relevante kilder og ei rekke like nærliggende tolkningsalternativer, som alle – ut fra gjeldende vektingsprinsipper – bør tillegges lik vekt. Hvor rettskildeprinsippene da slutter, kommer rettsanvenderens individuelle vurderinger inn.⁴⁰ Hva rettsanvenderen skal gjøre i denne situasjonen, finnes det ulike meninger

³⁸ Monsen (2012) side 26; Nygaard (2004) side 34.

³⁹ Mæhle og Aarli (2017) side 227; Nygaard (2004) side 60.

⁴⁰ Tande (2011) argumenterer for at rettsanvenderens individuelle vurderinger er det «mest overordnede elementet i hele rettsanvendelses- eller argumentasjonsprosessen», og at selv innholdet i rettskildeprinsippene bygger på rettsanvenderens individuelle vurderinger (side 2).

om.⁴¹ Et definitivt utgangspunkt er at rettsanvenderen skal søke å angripe spørsmålet så objektivt som mulig, og ikke skjene til reinte subjektive betraktninger.⁴² Men det er likevel ikke til å komme forbi at spørsmålet om hva som er objektivt riktig eller gyldig, til en viss grad vil være prega av øyet som ser.⁴³

Såfremt dommeren holder seg innafor rettskildeprinsippene, og har ei overordna målsetting om å komme fram til et resultat som virker (objektivt/subjektivt) rimelig,⁴⁴ aksepterer vi, av praktisk nødvendighet, at løsinga kan være prega av dommerens personlige ståsted. Avgjørende er at resultatet ligger innafor et intervall – fastlagt ved bruk av rettskildeprinsippene – av rettslig legitime eller forsvarlige løsninger.⁴⁵

Det spillerom som dommeren har i rettsanvendelsesprosessen, har betydning i relasjon til habilitetsreglene fordi det danner en del av begrunnelsen for at man i det hele tatt trenger slike regler. Dersom rettsanvendelsen kunne være helt objektiv og helt automatisert, slik at dommeren som person ble definitivt og fullstendig fjerna fra rettsanvendelsesprosessen, ville det heller ikke vært et problem om dommeren hadde tilknytning til parter, tvistes spørsmål eller tvistegenstander. Men ettersom dette ikke er mulig, kan slik tilknytning føre til at dommerens kvalifiserte og ubalanserte (eller partiske) subjektivitet får utslagsgivende betydning for sakens løsning. Selv om løsinga da skulle ligge innafor intervallet av forsvarlige løsninger, og selv om vi aksepterer at subjektivitet kan ha betydning for hvor resultatet ligger innafor dette intervallet, aksepterer vi ikke at slik kvalifisert og ubalansert subjektivitet – eller ren vilkårlighet i den ene parts favør – skal bli det avgjørende. En forståelse for spillerommet i rettsanvendelsesprosessen er derfor viktig for fastlegginga av grensa habilitet/inhabilitet.

⁴¹ Nygaard (2004) skriver eksempelvis at dommeren må fokusere på det objektive, og «kopla[...] seg sjølv ut», men likevel slik at man må godta dommerens «personlege syn så langt ein ikkje kan unngå det» (side 153). Eckhoff (2001) mener man må akseptere at rettsanvendelsesprosessen innebærer individuelle vurderinger, og at den «trenede jurist [vil] ha en ganske god føling med hvor stor vekt det er forsvarlig å gi de forskjellige argumenter», på grunnlag av «normer som unndrar seg formulering», mens Tande (2011) i stedet tar til orde for at individuelle valg og vurderinger bør «synliggjøres, problematiseres og kvalitetssikres i juridisk argumentasjon» (side 1).

⁴² Litteraturen synes ganske samstemt i at utgangspunktet bør være å iallfall tilstrebe en form for objektivitet.

⁴³ Jf. Østlid (1988) side 16 og Tande (2011) side 3. I denne sammenheng kan også nevnes at Eckhoff (2011) hevder risikoen for vilkårlighet (som følge av at det objektive ikke er absolutt) avdempes ved at jurister utdannes inn i et kulturfellesskap som skaper likhet i verdiorientering og mentale prosesser (side 29).

⁴⁴ Eller «den beste løysing», som Nygaard (2004) skriver (side 152). Nygaard viser også til Aarbakke (1965), som på side 473 skriver at «dommeren skal dømme etter den regelen «som gir det beste resultat».

⁴⁵ Jf. begrepsbruken i for eksempel Mæhle og Aarli (2017) på side 215 med videre henvisninger. Tande (2011) skriver at rettsanvenderens individuelle vurderinger må skje «innenfor en ramme som har formell rettslig legitimitet», og at rettsanvenderen innafor denne rammen har et selvstendig spillerom for å finne den løsinga som «fremstår som den beste og mest hensiktsmessige» (side 6).

2.3 Om dommeratferd

Kapitlet ovenfor viser at rettsanvendelsesprosessen resulterer i et intervall av legitime resultater. I dette intervallet får ikke dommeren noen entydig hjelp fra rettskildene, hvilket medfører at ei rekke andre – mer eller mindre bevisste – individuelle faktorer kan komme til å spille inn. Disse faktorene er ikke nødvendigvis i seg selv illegitime, da det er en del faktorer dommeren *aldri* helt kan fjerne seg fra.

Dommeren er nemlig, på lik linje med alle andre individer, bundet av alminnelige biologiske, psykologiske og sosiale mekanismer – også når hun dømmer. Hvordan hun oppfatter situasjonen hun står ovenfor, og hvordan hun velger å forholde seg til denne, vil derfor preges av for eksempel dommerens oppvekst og omgangskrets, dommerens personlighet, og til og med hvordan dommerens hjerne rent *fysisk* er innretta.⁴⁶ Dommerens utdanning, og den innvirkning utdanning har på persepsjon⁴⁷ og beslutning, innebærer at hun for det meste vil oppfatte og bedømme rettslige og faktiske situasjoner likt som sine kollegaer. Men hvor hun står ovenfor skjønsmessige vurderinger, vil denne pakka av sosiale, psykologiske og biologiske mekanismer kunne medføre at hun oppfatter, og bedømmer, situasjonen annerledes enn hennes dommerkollega gjør.

Det er bred enighet om at dommerens rettsanvendelse vil kunne preges av dommerens person – dommerens yrkesbakgrunn, samfunnssyn, psyke, alder, kjønn og alle de andre faktorer som samla sett utgjør dommeren som personlig individ.⁴⁸ At det er et slikt individuelt element i rettsanvendelsesprosessen, kommer blant annet til uttrykk ved dissenser, hvor to eller flere dommere har ulike – og i utgangspunktet like rettslig sett gyldige og forsvarlige – syn på rettslige eller faktiske spørsmål.⁴⁹

Ei rekke rettsforskere har forsøkt å påvise disse sammenhengene ved omfattende studier av dommerens bakgrunn holdt opp mot dommerens voteringer. Det klassiske studieobjektet har

⁴⁶ For eksempel indikerer forskning at grad av *metthet* kan ha betydning for hvordan man dømmer, jf. Danziger m.fl. (2011). Undersøkelsen viste at sannsynligheta for positivt utfall i prøveløslatelsessaker er større helt på starten av dagen og rett etter at dommeren har hatt lunsjpause. Se ellers Kahneman m.fl. (2021), særlig kapittel 16.

⁴⁷ Psykologisk to-delt begrep som for det første omfatter selve sanseinntrykkene eller sanseoppfatningene og for det andre den påfølgende tolkingen av disse inntrykkene (Svartdal (2020)).

⁴⁸ Seip (1965) (særlig punkt 4); Bratholm (1968); Østlid (1988) (særlig side 53, hvor ei rekke Høyesterettsdommere svarte bekreftende på spørsmålet om bakgrunn kan ha betydning for hvordan de dømmer); Skåre (1997); Schei (2011); Skoghøy (2010). Nadim (2013) avviser at Høyesterettsdommere generelt er politisk farget (med forbehold om dommere med partipolitisk bakgrunn), men avviser ikke med dette at bakgrunn generelt vil kunne ha betydning for motivasjonsprosess i sterkt skjønsmessige spørsmål.

⁴⁹ Når det er sagt, er det ikke gitt at de ulike fraksjonene i *alle* dissensaker har like rettslige forsvarlige synspunkter – i enkelte tilfeller kan dissensen skyldes ei oppfatning om at den ene fraksjonen har inntatt et rettslig uholdbart standpunkt.

vært dommerens politiske syn holdt opp mot dommerens votering i saker hvor en offentlig part har stått imot en privat.⁵⁰ Et eksempel, gitt og analysert av Østlid,⁵¹ er Rt. 1965 s. 712.

Bakteppet for saken var at Oslo formannskap hadde avslått en restaurants søknad om tillatelse til å drive nattrestaurant. Arbeiderpartiets gruppe gikk samla inn for avslaget, blant annet begrunna i at det faste personalet på restauranten ikke ønska å utvide åpningstidene. Høyesterett fant, under dissens 3-1-1, at avslaget var begrunna i utenforliggende hensyn, og at det derfor var rettsstridig. Den ene dissensen skyldtes at dommer Leivestad mente at formannskapets begrunnelse ikke var rettsstridig, blant annet fordi begrunnelsen hadde støtte i fagforeningene, som «spiller en veldig rolle i vårt samfunnsliv», og «bør danne hjørnesteiner i vår samfunnsbygning».⁵²

Ifølge Østlid var Leivestad «avholdsmann med et sterkt samfunnsmessig engasjement innenfor sosialektoren», og hadde, som dommer i Arbeidsretten, «nær kontakt med organisasjonene innenfor arbeidslivet og hadde praktisk kjennskap til deres betydning».⁵³ Det virker da nærliggende å anta at Leivestads bakgrunn kan ha spilt en – større eller mindre – rolle i hans standpunkt til det skjønsmessige spørsmålet om hva som utgjør et utenforliggende hensyn.

Det kan virke åpenbart at uttalte syn på samfunnsspørsmål kan prege hvordan man forholder seg til uklare rettsspørsmål som har ei klar samfunnsmessig eller moralsk side. I denne sammenheng er det imidlertid viktig å ha in mente utgangspunktet om at *ingen kan være helt nøytrale*, og at også *mangel* på synspunkter derfor innebærer et faktisk synspunkt. Slik Østlid skrev det, «kan en dommer som aldri har vært samfunnsmessig eller partipolitisk engasjert, lettere enn en erfaren partipolitiker komme til å tro at hans oppfatning representerer det objektive eller det store flertalls oppfatning».⁵⁴ Å anta at en dommer uten standpunkter av den grunn er nøytral, vil dermed kunne ha en tilslørende effekt, i den forstand at man overser den subjektivitet som også denne dommeren bærer med seg.

I relasjon til oppgavens tema har det foregående betydning for fastlegginga av hvilken «bagasje» en dommer legitimt kan bære med seg i rettsanvendelsen. Et stykke på vei må man akseptere at dommeren gjennom utdanning og arbeid kan ha opparbeida individuelle erfaringer

⁵⁰ Se Østlid (1988), Grendestad (2012) og Nadim (2013). Andre populære tema er om yrkesbakgrunn fører til statsvennlighet (for eksempel Kjønsstad (1999)) og om innarbeidede patriarkalske strukturer fører til kvinnefiendtlige avgjørelser (for eksempel Hunter m.fl. (2010)).

⁵¹ Østlid (1988) sider 26-28.

⁵² Rt. 1965 s. 712 A side 719.

⁵³ Østlid (1988) side 27.

⁵⁴ Ibid. side 16.

som påvirker hvordan hun vurderer og beslutter i rettsanvendelsesprosessens skjønnsrom. Så går det likevel ei ytre grense, hvor fagbakgrunnen utgjør en så vesentlig bestanddel i dommerens tankeprosess opp mot det rettslige spørsmålet som skal behandles, at man ikke lenger kan ha tillit til hvordan dommeren navigerer i det skjønnsmessige. Grensedragninger må gjøres på bakgrunn av erkjennelsen av at alle dommere til dels motiveres av individuelle og ubevisste faktorer, slik at man aldri helt vil kunne fjerne individuelle variasjoner. Eksistensen av variert dommeratferd har dermed betydning for hvor kvalifisert faglig bakgrunn må være før den kan virke inhabiliserende.

2.4 Introduksjon til upartiskhet

2.4.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis, skal habilitetsreglene bidra til å sikre en upartisk domstol. Upartiskhet forstås i den sammenheng ofte som et *rettslig* begrep, slik det kommer til uttrykk i for eksempel EMK art. 6, Grunnloven § 95 og domstolloven § 55 tredje ledd. Når oppgavens målsetting er å vurdere praksis om habilitet i lys av upartiskhet, sikter jeg imidlertid til et mer abstrakt begrep om upartiskhet. I dette legger jeg at upartiskhet kan forstås som en mer intuitiv *følelse*, som eksisterer som et element i den alminnelige rettferdighetsfølelsen.⁵⁵ Årsaken til at jeg velger å skille mellom upartiskhet som rettslig begrep og upartiskhet som følelse, er at en viktig del av habilitetsreglenes formål er å ivareta allmennhetas tillit. For grensedragninga habilitet/inhabilitet er det derfor nødvendig å ha en viss forståelse for hva vi – allmennheta – intuitivt legger i upartiskhet.

Da dette er ei abstrakt målsetting, har jeg valgt å gå bredt ut i kildesøket. Jeg undersøker derfor upartiskhet gjennom både symboler, rettshistorie og rettspraksis. Selv om den alminnelige rettferdighetsfølelsen i utgangspunktet er noe som tilhører den enkelte rettskulturen (med de geografiske og tidsmessige begrensninger det innebærer),⁵⁶ har jeg valgt å undersøke både nasjonal og utenlandsk rettspraksis. Verken utenlandsk eller nasjonal rett har i denne sammenheng noen reell rettskildeverdi, ettersom formålet med undersøkelsene utelukkende er å kartlegge *uttrykk* for en alminnelig og utbredt følelse av upartiskhet.⁵⁷

⁵⁵ Om begrepet «alminnelig rettferdighetsfølelse», se note 21.

⁵⁶ Med «rettskultur» mener jeg felles og grunnleggende forventninger til retten (se Sunde (2005) side 14 flg).

⁵⁷ Jeg tar forbehold om at upartiskhet ikke nødvendigvis er en universell følelse, i den forstand at alle mennesker i alle kulturer opplever upartiskhet likt. Mine undersøkelser viser imidlertid at *mange* rettskulturer deler en forståelse av hva som er de sentrale elementene i upartiskhet.

Som det framgår av drøftelsene ovenfor, er det ikke mulig for en dommer å oppnå absolutt nøytralitet. Forventningene om upartiskhet må derfor forstås som forventninger om *tilstrekkelig* upartiskhet.⁵⁸

2.4.2 Kartlegging av begrepet upartiskhet

Justitia, den romerske gudinna som personliggjør rettferdighet, framstilles ofte med bind for øynene, og med sverd i den ene hånda og vekt i den andre.⁵⁹ Mens vekta representerer at en rettferdig avgjørelse beror på objektive avveininger og sverdet representerer effektiv rettshåndhevelse, skal øyebindet representere upartiskhet – med bind for øynene tvinges Justitia til å treffe sine avgjørelser alene på grunnlag av argumentenes vekt.

Det var først på 1500-tallet at man for alvor begynte å framstille Justitia med bind for øynene,⁶⁰ men idealet om upartiskhet i rettspleia har langt lengre røtter. I norsk rett finner man allerede i Gulatingsloven⁶¹ regler som skulle sørge for at domsmenn var upartiske i domsgjerninga si. I Skiladómen, ei domsnemnd for økonomiske tvister som besto av 12 personer oppnevnt av partene med likt antall, skulle man for eksempel «rydja domen» til motparten for «bauggildesmenn eller nevgildesmenn eller nære verskyldinger [...] eller saks-motpartar [...] av den som er imot han», slik at partene skulle føle seg trygge på at det var upartiske menn som dømte i saken.⁶² Og etter Magnus Lagabøtes landslov av 1274⁶³ II-11 måtte lagmenn sverge at de skulle dømme slik de ville «svare for Gud paa dommens dag» at var rettest etter deres samvittighet, «saavel mot rik som fattig, ung som gammel, fiende som frænde».⁶⁴ Avgjørende var at saken fikk si rette løsning, uavhengig av hvem som sto som parter.

Basert på det foregående kan kanskje kjerna i idealet upartiskhet sies å være et fravær av forhåndsoppfatninger om partene, som gjør at dommeren står fritt til å finne den løsninga som

⁵⁸ Jf. også Bull (2017) side 357.

⁵⁹ Lindhagen (2021).

⁶⁰ Douzinas og Nead (1999) side 19-20. Den første kjente framstillingen av Justitia med bind for øynene er fra 1494, men var da ment satirisk, og skulle symbolisere at Justitia ikke greide å se klart, at hun var «robbed of her ability to get things straight». Først på 1530-tallet begynte øyebindet å symbolisere upartiskhet og likhet for loven.

⁶¹ Man tror Gulatingsloven ble skrevet ned en gang mellom siste halvdel av 1000-tallet og midten av 1100-tallet, men muntlig kom reglene til fra omtrent år 930 (Sunde 2020). Jeg bruker Knut Robberstads oversettelse fra 1937.

⁶² Gulatingsloven 37; Helle (2021) side 91. Bauggildesmenn er, ifølge historiker Steinar Imsen, slektninger på farssida av slekta inntil andre grad, mens nevgildesmenn er slektninger på kvinnesida (Imsen (2019) side 40, med henvisning til Ebbe Hertzberg). «Verskylding» virker å peke på en form for svogerskap, da prefiksen «ver» i dagens nynorsk betyr «sviger».

⁶³ Jeg bruker Absalon Tarangers oversettelse fra 1915.

⁶⁴ Se også IV-18, hvor det slås fast at «vrang dommere blir til paa fire maater: enten av frygt, naar man frygter den, som man skal dømme; eller av pengegriskhet, naar man tilsniker sig en eller anden bestikkelse; eller av fiendskap, naar man hater den som man skal dømme; eller av venskap, naar man vil hjelpe sin lagsbroder».

– objektivt sett – veier tyngst på rettferdighetens vektskål.⁶⁵ Denne kjerna kan til dels også sies å ha språklig forankring i ordet upartiskhet (*u-partiskhet*); å være uten partstilhørighet eller partspreferanse.

Lovgivning, rettspraksis og litteratur fra både Skandinavia og de fleste andre rettssystemer, tilsier imidlertid at den allmenne oppfatninga av partiskhet også omfatter det å ha *egne* interesser i saken.⁶⁶ Eksempelvis vil man normalt mene at en dommer som har sterke økonomiske interesser i saken, ikke kan regnes for upartisk.⁶⁷ Man kan dermed kanskje se det slik at upartiskhet krever et generelt fravær av tilknytning til saken.

I tillegg til dette fraværet av tilknytning, indikerer rettspraksis at upartiskhetsbegrepet inneholder noen forventninger om hvordan dommeren skal behandle den aktuelle saken og partene. Et eksempel fra britisk rett er *R v. Inner West London Coroner*,⁶⁸ hvor en likskueformann avslo å undersøke et dødsfall under henvisning til at avdødes familie-medlemmer virka «mentally unwell» og «unhinged». De etterlatte mente likskueformannens uttalelser innebar at de ikke kunne stole på at dødsfallet var blitt vurdert med tilstrekkelig grad av upartiskhet. De ble hørt med dette. Eksemplet viser at et sentralt element i begrepet upartiskhet er at sakens løsning ikke kan være påvirka av *illegitime* eller *utenforliggende* argumenter eller omstendigheter. Her kan bildet av Justitia tjene som illustrasjon: Dommeren skal dømme ut fra de argumentene som ligger på vektskålene, og skal ikke løfte på øyebindet for å se etter andre momenter. Hvis dommeren da dømmer etter for eksempel eget alkoholpolitiske syn⁶⁹ eller etter personlige synspunkter om partene,⁷⁰ dømmer hun ikke lengre bare etter de argumentene som er lagt på vektene.

Men også i tilfeller hvor dommeren ikke har vektlagt illegitime eller utenforliggende hensyn, og ikke har noen tilknytning til saken, parter eller tvistegjenstanden, viser rettspraksis at dommeren kan bli oppfatta som partisk. Dette skyldes at upartiskhet virker å inneholde ei

⁶⁵ Rettferdighetens vektskål kan man finne nevnt også i Magnus Lagabøtes landslov, for eksempel under IV-18.

⁶⁶ I blant annet meklingsteori er det vanlig å skille mellom upartiskhet og nøytralitet, slik at upartiskhet primært gjelder partspreferanse, mens nøytralitet primært gjelder fravær av interesse i sakens utfall. I tråd med tradisjonen i norsk sivilprosesslitteratur, opererer ikke jeg med noe slikt skille (Bernt (2011) side 300-302 med videre henvisninger).

⁶⁷ I norsk rett kommer dette til uttrykk i for eksempel HR-2016-106-A, i svensk rett i 4 kap. 13 § nr. 1 i rättegångsbalken, i dansk rett § 60 nr. 1 i retsplejeloven og i finsk rett i oikeudenkäymiskaari kap. 13 § 5.

⁶⁸ *R v. Inner West London Coroner, ex p Dallaglio* (1994) 4 All ER 138.

⁶⁹ Som i den engelske saken *R. v. Halifax Justices ex parte Robinson* (1912) 76 JP 233, hvor dommeren, som tilhørte ei streng avholdssekt, i etterkant av en sak om tildeling av skjenkebevilling uttalte at han ville vært en sviker dersom han hadde innvilga skjenkebevillinga.

⁷⁰ Se *Kristiansen v. Norge* [J] 2016, no. 1176/10, hvor et jurymedlem hadde omtalt den fornærma som en «stille og rolig person». Se og *El Faragy v. El Faragy* (2009) EWCA Civ 1149, hvor dommeren hadde uttalt at den ene parten, under henvisning til at han var en saudi-arabisk sjeik, kunne komme til å «depart on his flying carpet».

grunnleggende forventning om en opplevelse av at dommeren har ei åpenhet – intellektuelt, juridisk og moralsk – i relasjon til sakens løsning. Denne forventninga kommer til uttrykk i både norsk rettspraksis,⁷¹ internasjonale domstoler,⁷² utenlandsk rett,⁷³ og juridisk teori,⁷⁴ og gir uttrykk for en tanke om at jeg skal kunne legge fram mine argumenter, og motparten skal kunne legge fram sine, og det jeg sier skal kunne ha innvirkning på dommerens vurdering av sakens løsning. Det er altså ikke nok at dommeren ikke tar illegitime eller utenforliggende hensyn, dersom saken virker løst allerede før partene får lagt fram sitt syn.⁷⁵

Oppsummert kan *følelsen* upartiskhet, slik jeg forstår den, sies å være fravær av forhåndsoppfatninger om partene, fravær av egeninteresse, fravær av utenforliggende motivasjon, samt eksistensen av intellektuell, juridisk og moralsk åpenhet. Denne følelsen om upartiskhet må som nevnt forstås som noe prinsipielt annet enn *regler* om upartiskhet og *regler* om inhabilitet. Ved regeldanning kan det være helt legitimt at også andre hensyn, som handler om noe annet enn følelsen upartiskhet, kommer inn. Ei enighet om innholdet i følelsen upartiskhet er likevel viktig for den fulle forståelsen av hvorfor man mener at enkelte omstendigheter er inhabiliserende (mens andre ikke er det).

2.5 Habilitetsreglenes overordna legislative begrunnelse

Selv om følelsen upartiskhet selvsagt har hatt betydning for utforminga av habilitetsreglene, har også andre hensyn spilt inn. Ettersom fastlegginga av grensene habilitet/inhabilitet skal skje utfra habilitetsreglene, er det derfor nødvendig å også ha en forståelse for habilitetsreglenes legislative begrunnelse.

I Dok. nr. 16 (2011-2012) skrev Menneskerettighetsutvalget (Lønning-utvalget) at

⁷¹ For eksempel Rt. 2010 s. 759 A avsnitt 16: «Det må samlet sett ikke være noe som rokker ved tilliten til at dommeren møter saken, tiltalte eller bevisene med et åpent sinn». Se og Rt. 2009 s. 225 A avsnitt 20 og Rt. 2014 s. 59 A avsnitt 17 (sammenholdt med 18).

⁷² Mégret (2011) side 44; Meron (2005); *Prosecutor v. Furundžija* (2000) IT-95-17/1 avsnitt 179.

⁷³ *Republican Party of Minnesota v. White* (2002) 536 US 765 avsnitt 778 (USA); *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others (Judgment on Recusal Application)* (1999) nr. CCT16/98B avsnitt 48 (Sør-Afrika); *R v. S. (R.D.)* (1997) 3 SCR 484 avsnitt 104 (Canada); Deutscher Richterbund, *Judicial Ethics in Germany* side 7 (Tyskland); *Timmins v. Gormley* (2000) Q.B. 451 avsnitt 85 (England).

⁷⁴ Aall (2022) side 441; Settem (2019) side 45-47; Mégret (2011) side 44; Meron (2005) side 365; Shaman (1996) side 619-624.

⁷⁵ Til illustrasjon er nok et eksempel fra engelsk rett, hvor sorenskriveren halvveis i hovedforhandlinga begynte å skrive ut dommen (*R. v. Romsey Justices ex p. Gale* (1992) COD 323).

«Dersom dommere kan la sine sympatier, antipatier, slektskap, vennskap eller nettverksbygging styre det rettslige utfallet av tvister, vil rettsstaten ha liten verdi for den enkelte samfunnsborger». ⁷⁶

Sitatet uttrykker det som kan ses som habilitetsreglens helt grunnleggende begrunnelse: Inhabile dommere er en trussel mot rettsstaten. Utover dette grunnleggende, sies habilitetsreglene å ha tre overordna formål: å sikre at dommere ikke er påvirka av utenforliggende hensyn, å sikre tillita til rettssystemet og rettsapparatet, og å spare dommerne for den påkjenninga det kan være å dømme i en sak de har særlig tilknytning til. ⁷⁷

Det første formålet – å sikre at dommeren ikke er påvirka av utenforliggende hensyn – kan ses i sammenheng med den overordna prosessuelle målsettinga om å oppnå materielt riktige resultater, og det mer grunnleggende prinsippet om å unngå innslag av vilkårlighet i rettsanvendelsen og rettsprosessen. Dersom dommeren dømmer på grunnlag av for eksempel tilknytning til en part, bygger avgjørelsen på vilkårlighet, og ettersom avgjørelsen bygger på vilkårlighet, kan man ikke vite om den er materielt riktig. Dersom man forhindrer at dommeren er påvirka av utenforliggende hensyn, sikrer man dermed både at avgjørelsen som treffes *faktisk* er materielt riktig, og, i forlengelsen av dette, at partene og allmennheta kan ha tillit til avgjørelsens riktighet.

I tillegg til å sikre partenes og allmennhetas tillit til riktigheta av konkrete enkeltavgjørelser, skal habilitetsreglene bidra til å sikre tillita til rettspleia *mer generelt*. Over tid vil manglende tillit til dommernes upartiskhet kunne føre til at både rettsapparatet og rettsstaten undergraves.

Endelig skal altså habilitetsreglene ivareta hensynet til *dommeren*. For det første kan dommeren oppleve det som ubehagelig og vanskelig å dømme i en sak hun har ei tilknytning til. Men i tillegg kan habilitetsreglene også begrense risikoen for at dommeren utsettes for utilbørlig press fra den eller de hun har tilknytning til, til å dømme i ei bestemt retning. Denne sida av habilitetsreglens begrunnelse kan ses i sammenheng med grunnleggende menneskerettslige og rettsstatlige krav til domstolenes uavhengighet; dommeren skal stå fritt i dommergjerninga si. ⁷⁸

De formålene jeg har skissert her utgjør habilitetsreglens overordna legislative begrunnelse. Denne er imidlertid ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å forklare hvorfor enkelte tilknytninger – nærmere bestemt faglige ytringer – virker inhabiliserende; det faktum *at* bestemte

⁷⁶ Dok. nr. 16 (2011-12) side 123.

⁷⁷ Skoghøy (2017) side 165.

⁷⁸ Jf. blant annet Grunnloven § 95 og EMK art. 6.

tilknytninger kan true tillita til domstolen forklarer ikke i seg selv *hvorfor* den enkelte tilknytninga kan ha ei slik virkning. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 4.

2.6 Tillit som avgjørende hensyn i vurderinger av habilitet og upartiskhet

Som drøftelsene ovenfor viser, utgjør *tillit* et bærende hensyn i relasjon til regler om habilitet og upartiskhet: Uten upartiske dommere kan man ha tillit til verken avgjørelser eller rettssystem. Tillitshensynets avgjørende rolle kommer også til uttrykk i dl. § 108, som stiller vilkår om at de inhabiliserende omstendigheter må være «skikket til å svekke *tilliten* til [dommerens] uhildethet» (mi kursivering), samt i ei rekke avgjørelser og dommer fra både norske domstoler og EMD.⁷⁹ Det er følgelig ikke tvilsomt at tillit er et både relevant og avgjørende hensyn i relasjon til habilitet og upartiskhet.

Det er vanskelig å gi noe konkret innhold til begrepet tillit. Én måte å operasjonalisere begrepet, kan imidlertid være å se hen til hva som generelt anses som viktig for oppnåelsen og styrkinga av tillit. I relasjon til domstolene kan man i tillitssammenhenger tale om *strukturell* tillit, forstått som tillit som bygger på stabile formelle strukturer og institusjoner.⁸⁰ Sosiologisk tillitsforskning indikerer at kjerna i strukturell tillit er *forutberegnelighet*, og at forutberegnelighet oppstår gjennom stabilitet, transparens og likhet/likebehandling.⁸¹ Dersom habilitetsavgjørelsene skal være egna til å sikre tillit, bør de følgelig utformes på en måte som gir og opprettholder stabilitet, transparens, likebehandling og – i forlengelsen av det – forutberegnelighet.

Utover dette er det altså vanskelig, og få holdepunkter for, å gi tillitsbegrepet et mer konkret innhold. I relasjon til habilitets- og upartiskhetsvurderinger er dette blant annet fordi tillitshensynet reiser to krevende spørsmål som har avgjørende betydning for hvordan tillita skal vurderes i det enkelte tilfellet. Det første gjelder hvilket perspektiv man skal anlegge når man vurderer hva som sikrer tillit: Er det partenes, allmennhetas eller juristenes perspektiv? Det

⁷⁹ Et spesielt klart uttrykt eksempel kommer fra dissenterende Skoghøy i Rt. 2012 s. 1769 U, som uttalte om habilitetsvurderinga at «[d]et avgjørende er den tillit som domstolene i et demokratisk rettssamfunn må inngi overfor partene, det rettssøkende publikum og allmennheten generelt» (avsnitt 23). Se ellers for eksempel Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 19 og Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 14. For EMD, se *Mežnarić v. Kroatia* [J] 2005, no. 71615/01, hvor retten uttalte om habilitetsvurderinga at «[w]hat is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public» (avsnitt 32).

⁸⁰ Ellingsen (2014) side 187. Dette står i motsetning til relasjonell tillit (eksempelvis tillita man har til sin ektefelles troskap), og pre-kontraktuell tillit (eksempelvis den tatt for gitte tillita til at motgående biler ikke vil kjøre på deg) (side 9).

⁸¹ *Ibid.* side 194.

andre gjelder hvordan man skal gå fram for å vurdere hvilket resultat som i den enkelte saken er best egna til å sikre tillit. Det er forbindelseslinjer mellom disse spørsmålene (særlig ved at perspektivet kan påvirke hvilket resultat som er best egna til å sikre tillit), men bør likevel ses som to ulike spørsmål, da spørsmålene berører ulike aspekter ved tillitsproblematikken.

Flere steder vil jeg drøfte betydninga av perspektiv, og utfordringer knytta til vurderinga av hvilket resultat som best sikrer tillit. Her er det imidlertid tilstrekkelig å løfte fram at hensynet til tillit, som i utgangspunktet kan framstå som en fast størrelse, har et noe uavklart innhold. Når jeg ovenfor og nedenfor skriver at habilitet overordna sett handler om å sikre allmennhetas tillit til avgjørelsens riktighet og til domstolen og rettssystemet, må det derfor presiseres at dette ikke nødvendigvis er egna til å si noe om hvorvidt utfallet i den enkelte sak bør være habilitet eller inhabilitet.

2.7 (Mot)hensynene kompetanse og bredde

I tillegg til at habilitetsreglene skal sikre upartiskhet og tillit og verne dommerne mot å dømmе i saker der de vil oppleve det som ubehagelig, må habilitetsreglene praktiseres på en måte som ivaretar domstolens kompetanse og bredde. Disse målene – kompetanse og bredde – har også ei side til upartiskhet og tillit. Eksempelvis vil man normalt ha mer tillit til grundig opplyste avgjørelser truffet av kompetente dommere, og man vil normalt oppleve en domstol som mer upartisk dersom flere dommere deltar.

Kompetanse og bredde kan imidlertid også stå i et spenningsforhold til upartiskhet og tillit. Inhabilisering i forkant av ei plenumsbehandling i Høyesterett medfører, som jeg kommer tilbake til i underkapittel 3.3, at færre dommere vil delta ved den aktuelle behandlingen. I enkelte tilfeller har dette hatt den konsekvens at en sak som skulle bli behandla i plenum, reelt ble behandla i avdeling.⁸² Slik kan den ene partens ønske om bredde i domstolssammensetninga, komme i konflikt med den andre partens behov for opplevd upartiskhet. Tilsvarende vil den ene parten kunne oppleve det som tillitsstyrkende om saken ble behandla av dommere som har særlig kjennskap til det aktuelle saksfeltet, mens den andre vil kunne oppleve det som tillitsstyrkende om saken vurderes av noen som møter saksfeltet med helt ferskt blikk.

Kompetanse og bredde kan etter dette både virke styrkende og svekkende på den opplevde upartiskhet og tillit. Dette er et viktig bakteppe for den videre vurderinga av grensedragninga habilitet/inhabilitet i relasjon til faglige ytringer.

⁸² Se HR-2016-106-A.

3 Rettslig rammeverk

3.1 Innledning

Ei rekke regler spiller inn på praktiseringa av habilitetsreglene: menneskerettslige regler, som danner noen ytre grenser for praktiseringa, domstoloven § 108, som hjemler den eventuelle inhabiliteten, samt reglene om den eventuelle inhabilitetens konsekvenser. Grensedragninga habilitet/inhabilitet må ses i lys av hele dette regelkomplekset, da ei forsvarlig grensedragning forutsetter en oversikt over hvilke virkninger den enkelte habilitetsavgjørelsen – og helheta i praksis – har. Kjennskap til det rettslige rammeverket er også viktig for å forstå rettens framgangsmåte i habilitetssaker, og for å forstå om, og eventuelt i hvilken grad, det er rom for endring og forbedring.

I dette kapitlet er hovedfokuset på å kartlegge noen ytre rammer for praktiseringa av habilitetsreglene. Jeg vil derfor ikke si noe nærmere om anvendelsen av dl. § 108 i relasjon til faglige ytringer spesifikt. Dette går jeg i stedet inn på i kapittel 4. I relasjon til EMK vil jeg imidlertid si noe kort om faglige ytringer mer spesifikt, da praksis fra EMD uansett primært fungerer som ei ytre ramme for den nasjonale praksisen.

3.2 Menneskerettslige rammer

3.2.1 Retten til «upartisk domstol»

3.2.1.1 Grunnloven § 95

Det følger av Grunnloven § 95 første ledd første setning at:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid».

Selv om Høyesterett i flere habilitetssaker har uttalt at habilitetsreglene skal praktiseres i samsvar med kravene i § 95,⁸³ har retten ikke avgitt uttalelser som bidrar til å klargjøre innholdet i bestemmelsen. Grl. § 95 tilfører derfor lite til utfyllinga av det rettslige handlingsrommet knytta til habilitetsspørsmål.

I sakene hvor Høyesterett viser til § 95, viser imidlertid retten i samme setning til EMK art. 6 (om ikke bare til art. 6).⁸⁴ Ordlyden i § 95 er svært lik, og innholdsmessig nærmest identisk,

⁸³ Eksempelvis HR-2020-2079-P avsnitt 18.

⁸⁴ Eksempelvis Rt. 2013 s. 1570 U avsnitt 21.

som den i EMK art. 6 nr. 1. Dette kan tale for at Høyesterett har ment at innholdet i disse kravene langt på vei vil være de samme. Det samme synspunktet framgår av forarbeidene til grunnlovfestinga av retten til rettferdig rettergang, hvor Lønningutvalget uttalte at lovfestinga ikke innebar noen endring av rettstilstanden, ettersom prinsippet om rettferdig rettergang allerede fulgte av EMK art. 6 og Konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14.⁸⁵ Synspunktet harmonerer også godt med det norske presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Selv om Grl. § 95 er lex superior og derfor formelt har forrang,⁸⁶ synes det etter dette rimelig å anta at kravene etter § 95 langt på vei samsvarer med kravene som kan utledes av EMK art. 6.⁸⁷

3.2.1.2 EMK art. 6

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 første setning at:

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law».

Bestemmelsen inneholder ei rekke inngangsvilkår, men da oppgaven knytter seg til habilitetsvurderinger i saker som allerede står for en domstol, avgrenser jeg mot noen vurdering av disse.⁸⁸ Det sentrale er kravet på en «fair» rettergang ved en «independent and impartial» domstol. Av hensyn til språklig flyt vil jeg i det videre bruke en oversettelse av disse vilkårene.⁸⁹

⁸⁵ Dok. nr. 16 (2011-12) side 120.

⁸⁶ Aall (2022) side 24.

⁸⁷ Et mulig unntak gjelder bestemmelsenes virkeområde. Ordlyden i Grl. § 95, «sin sak», er i utgangspunktet videre enn ordlyden i EMK art. 6, «the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge». Dette indikerer at § 95 vil kunne gjelde for flere sakstyper enn art. 6. Samtidig anses retten til upartiskhet som så avgjørende for rettssikkerhet at EMD neppe vil akseptere noen form for partisk domstol, uansett sakstype. Det er derfor tenkelig at EMD, i sakstyper som i utgangspunktet faller utenfor art. 6, vil tolke sakstypebegrensninga utvidende, eller eventuelt utlede et krav om upartiskhet fra den prosessuelle delen av andre rettighetsbestemmelser. En annen mulig forskjell i virkeområde gjelder spørsmålet om offentlige myndigheter som rettighetssubjekter. Etter EMK er myndighetene kun pliktsubjekt, og kan derfor ikke fremme søksmål om påstått krenkelse av EMK (art. 34 og *Demiirbaş m.fl. v. Tyrkia* [A] 2010, no. 1093/08 m.fl.). I utgangspunktet gjelder det samme for Grunnloven (Dok. Nr. 16 (2011-2012) side 46). Samtidig virker det rimelig å anta at også stat og kommune har krav på en rettferdig rettergang for upartiske og uavhengige domstoler. HR-2015-02164-U, hvor Høyesterett viste til både art. 6 og § 95 i forbindelse med en kommunes anke over en habilitetsavgjørelse, kan indikere at Høyesterett mener retten til upartiskhet også gjelder for offentlige myndigheter. Ettersom Høyesterett aldri har tematisert forholdet mellom § 95 og art. 6, går jeg ikke nærmere inn på disse vurderingene.

⁸⁸ Se likevel note 87.

⁸⁹ Slik vedlegg 2 til menneskerettsloven.

Etter teori og praksis er det særlig «upartisk»-vilkåret som gjelder habilitet, mens «uavhengig»-vilkåret primært gjelder forholdet mellom domstolene og andre statsmakter.⁹⁰

For vurderinger av dommeres upartiskhet, har EMD utvikla ei lære om den objektive og subjektive tilnærming. *Hauschildt v. Danmark* [P] anses for å være startskuddet for denne utviklinga.⁹¹ Her ble lære formulert slik:

«The existence of impartiality for the purposes of Article 6 para. 1 [...] must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect».⁹²

På bakgrunn av det siterte, kan hovedinnholdet i lære oppsummeres som at man i den subjektive tilnærminga forsøker å vurdere i hvilken grad dommerens personlige overbevisning eller tilknytning *rent faktisk* vil påvirke hennes vurdering av saken, mens man i den objektive vurderer om de foreliggende omstendigheter er slik at det ikke er grunn til å frykte manglende upartiskhet. Den objektive vurderinga tar dermed utgangspunkt i hvordan forholdet med rimelighet⁹³ kan oppfattes *utad*.

Dersom dommeren selv gir uttrykk for at hun oppfatter seg selv som subjektivt inhabil, og dette gir noenlunde mening ut fra de foreliggende omstendighetene, kan man selvsagt legge dommerens oppfatning til grunn.⁹⁴ Men ettersom det i mange tilfeller ikke er mulig å si noe sikkert om dommerens subjektive oppfatning, og EMD har framholdt at «the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary», er det likevel som oftest den objektive tilnærminga som blir avgjørende for habilitetsspørsmålet.⁹⁵

Om den objektive tilnærminga har EMD uttalt at det som står på spill, er «the confidence with which the courts in a democratic society must inspire in the public» – allmennhetas tillit til domstolene.⁹⁶ Sitatet forklarer hvorfor habilitet ikke bare er et spørsmål om i hvilken grad

⁹⁰ Aall (2022) side 438. Det vil likevel være glidende overganger, eksempelvis ved habilitetsspørsmål knytta til dommerens tilknytning til underinstansen.

⁹¹ Backer (2020) side 125.

⁹² *Hauschildt v. Danmark* [P] 1989, no. 10486/83 avsnitt 46. Gjentatt i for eksempel *Kyprianou v. Kypros* [GC] 2005, no. 73797/01 avsnitt 118 og *Grievies v. Storbritannia* [GC] 2003, no. 57067/00 avsnitt 69.

⁹³ Jf. uttalelser om at frykta for manglende upartiskhet må være «objectively justified» og skyldes «legitimate reason[s]» (*Hauschildt v. Danmark* [P] 1989, no. 10486/83 avsnitt 48).

⁹⁴ Nærmere om hvordan man i norsk praksis vurderer dommerens syn på egen habilitet i punkt 5.4.3.

⁹⁵ Jf. blant annet *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC] 2018, no. 55391/13 m.fl. avsnitt 146: «In the vast majority of cases raising impartiality issues the Court has focused on the objective test».

⁹⁶ *Hauschildt v. Danmark* [P] 1989, no. 10486/83 avsnitt 48.

dommeren *faktisk* vil opptre partisk; at dommerne *framstår* upartisk – ikke bare for partene, men for allmennheta generelt – er avgjørende for tillita til domstolen som institusjon.⁹⁷

I motsetning til enkelte andre EMK-artikler, som art. 8 og 10, inneholder ikke art. 6 noen hjemmel for å gjøre inngrep i de rettighetene som bestemmelsen oppstiller. Det er ikke dermed sagt at art. 6 er helt absolutt; statenes ressursituasjon og andre nasjonale forhold kan medføre at det må legges enkelte begrensninger på tilgangen til rettighetene også i art. 6.⁹⁸ Etter praksis fra EMD kan imidlertid slike begrensninger bare ilegges i den grad disse «[do] not restrict or reduce the access left to individual in such a way or to such an extent that the *very essence of the right is impaired*» (mi kursivering).⁹⁹ Selve ordlyden i art. 6, om retten til en «rettferdig og offentlig rettergang [...] ved en uavhengig og upartisk domstol», indikerer at retten til en upartisk domstol anses å utgjøre en del av kjerna til – «the very essence of» – den rettferdige rettergang, nærmest som ei nødvendig forutsetning for at rettergangen skal kunne anses rettferdig.¹⁰⁰ Dette taler for at det i utgangspunktet ikke vil være adgang til å gjennomføre en rettssak foran en «partisk» domstol.¹⁰¹

I forlengelsen av det ligger at retten til en upartisk domstol, etter praksis fra EMD, må anses krenka så lenge minst én inhabil dommer deltok ved domstolsbehandligna. Krenkelsen kan altså ikke repareres ved at flertallet av dommerne var habile.¹⁰² Dette skyldes for det første at den inhabile dommeren rent faktisk kan ha fått betydning for resultatet, og for det andre at én inhabil dommer er tilstrekkelig til å svekke allmennhetas tillit til avgjørelsen (og institusjonen).

Ei interessant problemstilling i denne sammenheng er imidlertid om retten til upartiskhet sin noe absolutte karakter også innebærer at *innholdet* i kravet upartiskhet, er absolutt – eller om kravet til upartiskhet er relativt etter de foreliggende omstendighetene. Dette kan ses som et spørsmål om hvorvidt det er noen nødvendig sammenheng mellom nasjonale habilitetsregler

⁹⁷ I tråd med det grunnleggende tillitsfremmende prinsippet om at «[j]ustice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done» (først uttalt av Lord Hewart i *R v. Sussex Justices ex p. McCarthy* (1924) 1 KB 256, seinere gjentatt av EMD i eksempelvis *De Cubber v. Belgia* [J] 1984, no. 9186/80 avsnitt 26).

⁹⁸ Jf. argumentasjonen i *Ashingdane v. Storbritannia* [J] 1985, no. 8225/58, avsnitt 57.

⁹⁹ Jf. *Ashingdane v. Storbritannia* [J] 1985, no. 8225/58, avsnitt 57.

¹⁰⁰ Se også Aarli (2021), som skriver at kravet om uavhengighet og upartiskhet, «kan betraktes som en del av rettsstatsideologiens udiskutable kjerne» (side 193), og at «[u]avhengighet og upartiskhet er [...] *iboende* kvaliteter ved en domstol. Finnes ikke disse kvalitetene, er det ingen domstol i rettsstatlig forstand» (side 208).

¹⁰¹ Et unntak gjelder hvor parten kan regnes å ha gitt avkall på upartiskhet. Avkall kan bare aksepteres hvor parten utvetydig har samtykka, situasjonen ellers er slik at retten til rettferdig rettergang utvilsomt likevel er ivaretatt, og avkallet ikke vil «run counter to any important public interest», jf. *Hermi v. Italia* [GC] 2006, no. 18114/02 avsnitt 73. Avkall vil derfor neppe aksepteres i helt klare tilfeller av inhabilitet (Skoghøy (2017) side 170).

¹⁰² Jf. *Micallef v. Malta* [GC] 2009, no. 17056/06, hvor én av tre dommere var inhabil, og *Mežnarić v. Kroatia* [J] 2005, no. 7165/01, hvor én av fem dommere var inhabil.

og retten til upartiskhet, eller om det er tenkelige tilfeller hvor inhabilisering *ikke* er det beste virkemidlet for å sikre upartiskhet.

I norsk rett har man eksempler på at begge parter i et grensetilfelle inhabilitet/habilitet, har anført at domstolen – av hensyn til ei bredest mulig domstols sammensetning – bør unnlate å inhabilisere en dommer.¹⁰³ I slike sammenhenger kan det være at ei bred domstols sammensetning framstår som et bedre egna middel enn inhabilisering for å oppnå målet upartiskhet. Det kan da hevdes at retten til upartisk domstol ikke bør anses krenka selv om én av dommerne som deltar, kanskje ellers, under ei anna domstols sammensetning, ville blitt regna som inhabil. Slike påstander har ikke vært fremma for EMD, og det er derfor ikke mulig å si noe sikkert om i hvilken grad kravet om upartiskhet kan relativiseres. Jeg drøfter hensiktsmessigheta av et mer relativt upartiskhetsbegrep nærmere i underkapittel 6.3.

3.2.1.3 Nærmere om art. 6 og faglige ytringer

EMD har, så langt jeg kan finne,¹⁰⁴ ikke behandla påstander om inhabilitet som følge av rent faglige og saksuavhengige ytringer i form av juridisk litteratur.¹⁰⁵ Praksis om mer eller mindre faglige ytringer om *spesifikke* saker, indikerer imidlertid at det må gjøres ei konkret vurdering, og at det avgjørende er om dommeren har ytra seg på en måte som kan gi inntrykk av at hun «already [have] formed an unfavourable view of the applicant's case».¹⁰⁶ Dette er i tråd med utgangspunktene fra underkapittel 2.4. Utover dette gir praksis fra EMD lite veiledning for de konkrete grensedragningene.

Det er noe mer praksis hva gjelder ytringer i form av lovforarbeid. I *Procola v. Luxembourg*¹⁰⁷ var situasjonen at fire dommere – i kraft av dommerrollen – hadde hatt en rådgivende rolle ved utarbeidinga av ei forskrift om fordeling av melkekvoter og ved utarbeidinga av loven som ga forskrifta tilbakevirkende kraft. Seinere skulle disse fire dommerne behandle gyldigheta av et vedtak gitt i medhold av denne forskrifta og loven – herunder en påstand om at forskrifta ikke kunne gis tilbakevirkende kraft. Ettersom dommerne dermed hadde «carried out both advisory

¹⁰³ Eksempelvis Rt. 2010 s. 1228 P.

¹⁰⁴ Basert på litteratursøk med ulike varianter av søkeordene «judges», «ECHR», «impartiality», «bias», «freedom of expression», «literature», «social media», «teaching» og «academic writing».

¹⁰⁵ Det finnes imidlertid ei rekke saker om inhabilitet og *saksspesifikke* ytringer (eksempelvis *Buscemi v. Italia* (1999) [J] no. 29569/95 og *Lavents v. Latvia* (2002) [J] no. 58442/00). Det finnes også mye praksis om medlemskap i ikke-faglige organisasjoner (eksempelvis *Holm v. Sverige* [J] (1993) no. 14191/88 og *Kiiskinen og Kovalainen v. Finland* [A] (1999) no. 26323/95).

¹⁰⁶ *Buscemi v. Italia* (1999) [J] no. 29569/95 avsnitt 68.

¹⁰⁷ *Procola v. Luxembourg* (1995) [J] no. 14570/89.

and judicial functions in the same case», fant EMD at dommernes deltakelse ved behandlinga av vedtaket, krenka retten til upartiskhet etter EMK art. 6.¹⁰⁸

Dommen indikerer at lovforberedende arbeid kan virke inhabiliserende i tilfeller hvor det er så høy grad av sammenfall mellom lovforarbeidet og det dømmende arbeidet at arbeidet kan anses å knytte seg til «*the same case*» (mi kursivering). Den samme rettssetninga er uttrykt i flere seinere dommer om tilsvarende problemstillinger, se for eksempel *McGonnell v. Storbritannia* avsnitt 54, *Kleyn m.fl. v. Nederland* avsnitt 200, og *Sacilor Lormine v. Frankrike* avsnitt 74.¹⁰⁹ I de tilfellene hvor «same case» har ført til krenkelse, har den aktuelle domstolens struktur- som i *Procola v. Luxembourg* – innebåret ei svært tett sammenkobling mellom rådgivning og dømming, ved at dommerne har hatt både rådgivende og dømmende funksjoner i *samme stilling*. Dette taler for at EMDs praksis ikke uten videre har noen klar overføringsverdi til tilfeller hvor dommere *før* de ble dommere, deltok i lovgivningsarbeid som seinere aktualiseres i den saken som skal behandles.

Samtidig synes det klart at det også utenfor tilfellene hvor dommerne i stillinga si har en dobbelt-rolle, vil kunne være så høy grad av identitet¹¹⁰ mellom lovgivningsarbeidet og den saken som skal behandles, at det er grunn til å frykte at dommeren vil føle seg «bound by the opinion previously given».¹¹¹ Dette må imidlertid vurderes konkret for den enkelte sak.

3.2.1.4 Kan også konstatering av **inhabilitet** krenke retten til upartisk domstol?

Praksis fra EMD om habilitet har – så langt jeg finner – i alle tilfeller gjeldt påstander om at klagerens sak på nasjonalt nivå ble behandla av en inhabil dommer.¹¹² Dette er åpenbart også det mest problematiske, ettersom habilitetsvurderinga bygger på at inhabilitet svekker tillita til dommerens evne til å gjøre ei rimelig og rettferdig vurdering av saken. I det motsatte tilfellet – at en dommer som skulle vært regna som habil, likevel ble funnet inhabil – skal saken likevel ha blitt behandla av en habil dommer, og parten kan derfor i utgangspunktet ikke påstå at rettergangen ikke har vært rettferdig.

¹⁰⁸ *Procola v. Luxembourg* (1995) [J] no. 14570/89 avsnitt 45.

¹⁰⁹ *McGonnell v. Storbritannia* [J] 2000, no. 28488/95; *Kleyn m.fl. v. Nederland* [GC] 2003, no. 39343/98; *Sacilor Lormine v. Frankrike* [J] 2006, no. 54411/01.

¹¹⁰ Jf. Settem (2019) sin begrepsbruk når han diskuterer spørsmålet på side 102 flg.

¹¹¹ I samme retning Settem (2019) side 108.

¹¹² Basert på søk (art. 6 + impartial tribunal) i EMDs database (hudoc.echr.coe.int), samt at litteratur om EMD-praksis omhandler retningslinjer for vurderinger av habilitet, uten å drøfte om også konstatering av *inhabilitet* kan krenke art. 6 (eksempelvis «Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights» side 3 flg.).

Som nevnt er det likevel tenkelig at en part, på grunn av samspillet mellom rettsanvendelsens skjønnsrom og dommerens individualitet i dette skjønnsrommet, kan oppleve det som urettferdig at én habil dommer blir bytta ut med en annen, like habil. Dersom én eller flere dommere byttes ut på grunn av en inhabilitet som part A mener ikke er reell, og de resterende (eventuelt vikarierende) dommerne har en bakgrunn som kan gi opphav til sympati for motpart B, kan A oppleve at domstolens sammensetning ikke er betryggende, og at retten til en rettferdig rettergang derfor ikke er ivaretatt. Spørsmålet er da om resultatet av inhabiliseringa kan være ei domstolsammensetning som er så mye mindre betryggende enn den hadde vært om de påstått inhabile dommerne hadde deltatt, at inhabiliseringa krenker As rett til upartisk domstol.

Habilitetsavgjørelsen tilknytta klimasøksmålet¹¹³ kan tjene som eksempel. To dommere ble kjent inhabile på grunn av ei faglig tilknytning til miljørettsfeltet som var egna til å gi inntrykk av at de hadde ei forhåndsoppfatning om hvordan sentrale rettslige spørsmål i saken skulle løses. Minst to andre dommere i saken hadde i lengre tid jobba i private advokatfirma som har hatt store olje- og gass-selskaper som klienter.¹¹⁴ Deres tilknytning til både rettsspørsmål og tvistegjenstand var åpenbart for fjern til at det kunne stilles spørsmål ved deres habilitet. Tilknytninga til *feltet* var likevel slik at det er tenkelig at man kunne stilt spørsmål ved om også disse dommerne hadde ei forhåndsoppfatning av sakens faktiske sider, for eksempel om behovet for oljeutvinning, med innvirkning på dommernes oppfatning av den rettslige sida.

Langt på vei er dette et spørsmål om i hvilken grad man må akseptere at dommere kan ha bakgrunner som tilsynelatende harmonerer dårlig med den ene partens ståsted i saken. Den utbredte oppfatninga i den sammenheng er, som drøfta i underkapittel 2.3, at man må ha tillit til at dommere, gjennom juridisk utdanning og trening, skal kunne opptre uavhengig av sin bakgrunn – såfremt bakgrunnen ikke innebærer ei så kvalifisert tilknytning til saken at den når opp til terskelen for inhabilitet.

I lys av dette utgangspunktet virker det helt usannsynlig at EMD vil konstatere krenkelse av retten til rettferdig rettergang som følge av ei domstolsammensetning som bærer preg av habil ubalanse. Jeg mener likevel at det er mulig å tenke seg tilfeller (for eksempel i autoritære

¹¹³ Hovedsak er HR-2020-2472-P, habilitetsavgjørelse er HR-2020-2079-P.

¹¹⁴ For dommer Falchs vedkommende, se eksempelvis HR-2004-00736-A og HR-2018-451-A. Dommer Thyness er tidligere ansatt i Norsk Hydro (fra Thyness' CV, tilgjengelig på domstol.no), og har som advokat i Wiersholm blant annet bistått i fusjoner og salg i olje- og gasssektoren, senest i 2018 i fusjonen av Eni Norge og Point Resources («Wiersholm bistår Eni», tilgjengelig på <https://wiersholm.no/transaksjoner/wiersholm-bistar-eni>). Merk at Falch tilhørte mindretallet i Klimasøksmålet, hvilket illustrer at bakgrunn slettes ikke trenger være avgjørende – eller i det hele tatt ha betydning – for sakens utfall. Eksemplet er derfor utelukkende illustrasjon på en situasjon hvor den typen resonnement jeg her drøfter, kan aktualiseres.

stater) hvor inhabilisering kan bli brukt som et virkemiddel for å oppnå en domstol som er ubalansert, men ikke inhabil, og hvor dette når et slikt omfang at retten til upartisk – eller eventuelt uavhengig – domstol krenkes.

3.2.2 Retten til ytringsfrihet

Inhabilitet berører ikke bare partene i de konkrete sakene eller allmennheta mer generelt – det har også konsekvenser for dommerne. Hvor faglige ytringer fører til inhabilitet, får dommernes ytringer *utenfor* domstolen konsekvenser for deres yrkesutøvelse *i* domstolen. Slik sett har avgjørelser som konstaterer inhabilitet ei side til retten til ytringsfrihet.

Ytringsfriheta har forankring i både EMK art. 10 og GrL § 100 og anses i utgangspunktet for å være en av de aller mest grunnleggende menneskerettighetene – for både enkeltindividet og samfunnet som helhet.¹¹⁵ EMD har gjentatte ganger slått fast at også dommere har krav på ytringsfrihet og har i flere saker konstatert at det har foreligget konvensjonsstridige inngrep i dommers ytringsfrihet.¹¹⁶ Samtidig har EMD framheva at det, på grunn av dommers spesielle rolle og hensynet til «the authority and impartiality of the judiciary» og «public confidence», ofte vil være nødvendig å legge noen begrensninger på dommers ytringsfrihet.¹¹⁷

Verken Høyesterett eller EMD har – så langt jeg kan finne – vurdert om inhabilisering kan ha et slikt omfang eller en slik karakter at den må anses grunnlovs- eller konvensjonsstridig.¹¹⁸ Inhabiliseringa si side til ytringsfriheta virker følgelig ikke å være spesielt praktisk som konkret krenkelse.

Det er likevel *tenkelig* at det eksisterer scenarioer hvor konstatering av inhabilitet kan nødvendiggjøre ei vurdering av grunnlovs- og konvensjonsmessighet. Eksempelvis kan man forestille seg det følgende fra en mer autoritær stat: *Den utøvende makt forsøker å påvirke dommersammensetninga i domstolen, og en av dommerne uttaler seg kritisk om dette. I etterkant av uttalelsen finner et flertall av de øvrige dommerne den ytrende dommer inhabil i alle saker hvor staten er part.* I eksemplet virker inhabiliseringa å ha et annet formål enn å sikre upartiskhet – å sanksjonere. Uttalelser fra *Wille v. Liechtenstein* kan indikere at en slik praksis ville kunne komme i konflikt med ytringsfriheta. Da mitt tema primært har et parts- og

¹¹⁵ Se *Handyside v. Storbritannia* [P] 1976, no. 5493/72 avsnitt 49: «Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man».

¹¹⁶ *Wille v. Liechtenstein* [GC] 1999, no. 28396/95; *Baka v. Ungarn* [GC] 2016; *Kudeshkina v. Russland* [J] 2009, no. 29492/05.

¹¹⁷ *Baka v. Ungarn* [GC] 2016, no. 20261/12 avsnitt 162-164; *Kudeshkina v. Russland* [J] 2009, no. 29492/05 avsnitt 85-86.

¹¹⁸ Dette er i realiteten to spørsmål: om inhabilisering i det hele tatt kan utgjøre et inngrep, og, dersom inhabilisering kan utgjøre et inngrep, om inhabilisering kan ha en slik karakter at den må regnes som konvensjons- eller grunnlovsstridig.

allmennhetsperspektiv på dommeres ytringer, og ikke et dommerperspektiv, vil jeg ikke gå nærmere inn på denne (så langt) ganske teoretiske muligheta.

Praksis fra EMD viser imidlertid at dommeres ytringsfrihet også kan være relevant som *hensyn*. I saker hvor dommeres ytringsfrihet har blitt underlagt begrensninger, har EMD framheva det som gjerne omtales som risikoen for en «chilling effect». Argumentet er at sanksjonering av ytringer kan ha ei *nedkjølende* virkning på ytringsklimaet generelt, slik at personer i samme situasjon som den sanksjonerte, lar være å ytre seg i frykt for sanksjoner (eller, overført på habilitet, i frykt for at ytringa skal få konsekvenser for yrkesutøvelsen). Ei slik virkning fører til at den offentlige samtalen mister viktige stemmer, «to the detriment of society as a whole».¹¹⁹ Den aktuelle begrensningas virkninger kan altså ikke ses isolert, men må ses i sammenheng med hvilken innvirkning den kan ha på det generelle debattklimaet.

Selv om det i utgangspunktet virker lite praktisk at Høyesterett eller EMD vil konstatere at Grl. § 100 eller EMK art. 10 er krenka som følge av inhabilisering, kan det være nyttig å ha den potensielle «chilling effect» in mente ved grensedragninga habilitet/inhabilitet. Begrepet kan fungere som en påminnelse om at også dommere har krav på ytringsfrihet, at denne ytringsfriheta er et gode for samfunnet, og at praksis om inhabilitet som følge av faglige ytringer derfor ikke bør gå lengre enn nødvendig.¹²⁰

3.3 Domstolloven § 108

3.3.1 Overordna om domstolloven § 108

Det følger av domstolloven § 108 at:

«Dommer kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete».

Som følge av at § 108 skal tolkes i lys av Grl. § 95 og EMK art. 6, anses habilitetsvurderinga å ha ei subjektiv og ei objektiv side – men likevel slik at det normalt er den objektive (hvordan

¹¹⁹ *Baka v. Ungarn* [GC] 2016, no. 20261/12 avsnitt 167.

¹²⁰ Det følger av de etiske prinsippene for dommeratferd nr. 3 at dommere skal «opptre slik at det ikke med rimelighet kan stilles spørsmål ved dommerens nøytralitet». Dersom det anses som et mål å opptre på en måte som gjør at det ikke kan stilles spørsmål ved dommerens nøytralitet, vil en streng habilitetspraksis kunne innskrenke dommeres ytringsrom.

«forholdet tar seg ut fra utsiden») som står i fokus.¹²¹ Ettersom dette er det mest praktiske vil jeg i det videre primært ha ei objektiv tilnærming til habilitetsspørsmålet.¹²²

Vilkårene i første setning om at de aktuelle omstendighetene må være «særegne» og «skikket til å svekke tilliten» tilsier at det må gjøres ei skjønnsmessig vurdering, både av hvilke forhold som i det hele tatt kan være relevante, og av hvilken vekt slike forhold eventuelt skal gis. Ordet «uhildet» betyr «upartisk»,¹²³ og vurderinga etter § 108 må følgelig ses i lys av hvilke forventninger man kan ha til dommerens upartiskhet.¹²⁴

I utgangspunktet virker ei nærliggende tolkning av ordlyden «særegne omstendigheter» å være at det må eksistere ei form for tilknytning eller en tilstand som skiller seg fra det normale; folk flest har ikke den relasjonen til saken som en inhabil person har. Praksis viser imidlertid at ordlyden ikke bare omfatter de helt ekstraordinære omstendigheter. En dommer vil også kunne bli inhabil som følge av ei tilknytning eller en tilstand som er forholdsvis vanlig, dersom ikke *alle* er i samme situasjon, og situasjonen er slik at man ikke kan være sikker på at dommeren vil kunne holde seg upåvirka.

Et eksempel er situasjonen som oppsto da Høyesterett skulle behandle en sak om den årlige reguleringa av stortingsrepresentanters alderspensjon.¹²⁵ For 15 dommere ville utfallet i saken kunne få betydning for deres pensjonsutbetalinger. Det var altså ikke «særegne omstendigheter» i den forstand at dommerne hadde ei tilknytning til saken som ikke var vanlig for dommere flest, men omstendighetene var «særegne» i den forstand at ikke *alle* dommerne hadde ei slik tilknytning, og at tilknytninga kunne tenkes å – ut fra egeninteresse – virke inn på dommernes vurdering av saken. Alle 15 ble funnet inhabile.¹²⁶

Utover disse generelle utgangspunktene må innholdet i § 108 fastlegges gjennom en nærmere gjennomgang av relevant rettspraksis. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 4.

3.3.2 Hvem er tilskueren når forholdet vurderes «fra utsiden»?

Ei særutfordring ved den objektive vurderinga er at forholdet skal vurderes «fra utsiden», utfra hvordan forholdet tar seg ut for «partene og allmennheten».¹²⁷ Det er ei helt ubestridelig

¹²¹ Se eksempelvis Rt. 2013 s. 1570 A avsnitt 20, sitert i blant annet HR-2020-2079-P avsnitt 18.

¹²² Se likevel punkt 5.4.3, hvor jeg drøfter hvordan dommerens subjektive oppfatning behandles i norsk rett.

¹²³ Ordbok.uib.no med søket «uhildet».

¹²⁴ Se punkt 2.4.

¹²⁵ HR-2016-106-A.

¹²⁶ I samme retning Rt. 2007 s. 705 P, hvor seks dommere ble inhabile til å behandle saker om grunnlovsmessigheta av tomtefesteloven som følge av at de, eller noen de sto nær, var i et festeforhold. Førstvoterende la til grunn at det på det tidspunktet var minst 300.000 festeforhold i Norge; å stå i et festeforhold, eller å være nær noen som gjorde det, kunne dermed vanskelig beskrives som «særegent» i seg selv.

¹²⁷ For eksempel Rt. 2013 s. 1570 A avsnitt 20.

erfaringssetning at ikke alle mennesker opplever alle situasjoner likt. Man vil derfor sjeldent ha empirisk belegg for å si at et forhold klart oppfattes på en bestemt måte av *alle*. I vurderinga av hvordan forholdet tar seg ut «fra utsiden», må domstolene derfor gå ut fra ei normalbetraktning, og bygge på en antakelse om hvordan «folk flest» vil oppfatte situasjonen. Ofte kan ei slik normalbetraktning utledes fra følelsen upartiskhet, slik den eksisterer som del av den alminnelige rettferdighetsfølelsen.

I relasjon til dommeres ytringer, er imidlertid ei ekstra utfordring at disse ytringene ofte inneholder juridiske nyanser som kan virke åpenbare for jurister, men som i realiteten er helt utilgjengelige for ikke-jurister. Dette reiser spørsmålet om det avgjørende er hvordan forholdet framtrer for allmennheta (i betydninga også ikke-jurister), eller hvordan det framtrer for det juridiske fellesskap. Et praktisk eksempel knytta til lovforarbeid, er om det skal ha betydning i habiliterende retning at dommeren deltok på et tidlig stadium i lovgivningsprosessen, eller om alle stadier av lovforarbeid må vurderes likt. En jurist kunne kanskje tenkt at proposisjonsarbeid bør være mer inhabiliserende enn NOU-arbeid, ettersom førstnevnte arbeid har sterkere institusjonell tilknytning og større nærhet til lovvedtaket.¹²⁸ Det virker imidlertid nærliggende å anta at flertallet av befolkninga ikke har noen klar oppfatning av lovgivningsprosessens ulike stadier.¹²⁹ Det kan da, utfra «allmennhetens» perspektiv, hevdes at det vil være lite tillitsfremmende å skille mellom ulike stadier av lovgivningsprosessen.

Spørsmålet om man i habiliteringsvurderinger skal vektlegge at allmennheta kan feiloppfatte rettslige nyanser, har i noen grad fått ei avklaring i Høyesterett.¹³⁰ Praksis virker tidligere å ha vært å *ikke* vektlegge denne muligheta. Et eksempel er Rt. 1998 s. 986, hvor retten konstaterte at den aktuelle dommeren var habil, til tross for at «[u]likheten i den konstituerte dommerens situasjon ved egentlig og uegentlig konstitusjon [...] ikke [er] så lett synlig for det rettssøkende publikum». ¹³¹ Dommeren var dommer i kraft av *egentlig* konstitusjon. Dersom det hadde vært tale om *uegentlig* konstitusjon, ville forholdet kunne virka inhabiliserende. Det avgjørende var altså en rettslig nyanse som de fleste neppe har kjennskap til.¹³²

¹²⁸ Nærmere om dette i punkt 4.4.2.

¹²⁹ Bygger her på hva jeg selv kunne om lovgivningsprosessen før jeg begynte å studere rettsvitenskap, samt det venner og familie utenfor jusstudiet har gitt uttrykk for at de kan. Ettersom samtlige har gitt uttrykk for at de ikke har kjennskap til hvilken rekkefølge ulike forarbeider gis i (eller at det i det hele tatt eksisterer ulike former for lovforarbeid), legger jeg det til grunn som representativt.

¹³⁰ Gjennomgangen av praksis bygger til dels på Bernt (2011) sidene 312-217.

¹³¹ Rt. 1998 s. 986 A side 988.

¹³² Egentlig konstitusjon er når en dommer er vikar for en annen dommer, uegentlig er når dommeren søker ei midlertidig dommerstilling. Ved uegentlig konstitusjon ligger det potensielt inhabiliserende i at dommeren søker

Nyere praksis virker imidlertid å gå i retning av økt vektlegging av mulige feiltolkninger. I Rt. 2009 s. 225 kom retten til at to lagdommere var inhabile til å avsi dom på forvaring, fordi de i en tidligere avgjørelse om varetekt allerede hadde tatt standpunkt til gjentakelsesfaren. Spørsmål ble så om opphevelsen av lagmannsrettens dom skulle gjelde hele dommen eller bare den delen som gjaldt reaksjonsfastsettelsen (spørsmålet om forvaring). Tidligere praksis tilsa i utgangspunktet at opphevelsen bare skulle gjelde den delen av dommen som opphevelsesgrunnen knytta seg til – i dette tilfellet reaksjonsfastsettelsen. Retten fant imidlertid, under henvisning til «det tungtveiende hensynet til at dommere skal bli møtt med tillit til at de vil gå inn i saken med åpent sinn», at det ikke ville være riktig å begrense opphevelsen til reaksjonsfastsettelsen.¹³³ I den forbindelse uttalte retten:

«Prinsipielt er det et klart skille mellom avgjørelsen av skyldspørsmålet og reaksjonsfastsettelsen. For domfelte og allmennheten vil nok likevel behandlingen for lagmannsretten fremstå som en helhet, uten et slikt skarpt skille».¹³⁴

Uttalelsen etterlater klart inntrykk av at retten tilla det avgjørende vekt at omstendighetene var slik at allmennheten ville kunne misforstå de rettslige sammenhengene.

Det samme inntrykket etterlater HR-2021-1003-F. Saken knytta seg til gjenopptakinga av en sak om rett til folketrygd ved opphold i EØS-området, og reiste spørsmål om justitiarius Øie var inhabil fordi hun hadde vært rettsformann under behandlinga av saken som nå skulle gjenopptas.¹³⁵ Gjenopptakinga må ses i sammenheng med rapporten fra granskningsutvalget for feilpraktiseringa av folketrygdlovens krav til opphold,¹³⁶ som ga uttrykk for at det var «kritikkverdig at Høyesterett ikke så og problematiserte det underliggende EØS-rettslige spørsmålet i HR-2017-560-A». Øie uttalte om egen habilitet at det lå «i sakens natur» at retten i HR-2017-560-A ikke hadde tatt stilling til de spørsmålene som nå skulle behandles. Utgangspunktet var derfor at Øie ikke skulle anses inhabil. Men når Øie likevel fant at hun måtte regnes som inhabil, skyldtes det at:

forlengelse av Justisdepartementet, slik at dommeren står i et avhengighets- eller tilknytningsforhold til Justisdepartementet (Bernt (2011) side 315).

¹³³ Rt. 2009 s. 225 A avsnitt 20.

¹³⁴ Ibid. avsnitt 20.

¹³⁵ HR-2017-560-A.

¹³⁶ NOU 2020: 9.

«Både sakskomplekset generelt og den aktuelle saken har fått stor oppmerksomhet i mediene, og jeg har vanskelig for å se at allmennheten i tilstrekkelig grad vil skille mellom det aspektet Høyesterett fikk kritikk for, og de spørsmål som nå skal behandles».

Tendensen i rettspraksis peker dermed klart i retning av at det skal tillegges vekt om forholdet kan være egna til å svekke allmennhetas tillit til dommerens upartiskhet, selv om den svekka tillita bygger på manglende kjennskap til rettslige nyanser. Ei slik linje synes godt i tråd med det tillitshensynet som den objektive tilnærminga bygger på.

3.4 Prosessuelle virkninger av inhabilitet

3.4.1 Virkninger for domstolens sammensetning

Inhabile dommere må vike sete, og kan verken forberede eller treffe avgjørelse i saken. En annen dommer settes til å behandle den aktuelle saken, og om det ikke er andre dommere i domstolen, kan det oppnevnes en «settedommer»¹³⁷ eller saken kan sendes til en sideordna domstol.¹³⁸

Det hender at flere – eller til og med de fleste – dommerne i en domstol finnes inhabil i en bestemt sak. Rt. 2007 s. 705 og HR-2016-106-A (diskutert ovenfor) viser at dette ikke er upraktisk, heller ikke i Høyesterett. LB-2014-1769, hvor lagmannsretten kom til at samtlige dommere i tingretten var inhabile til å behandle ei begjæring om bevisavskjæring, viser at det heller ikke er helt upraktisk at *samtlig*e dommere må vike sete.¹³⁹ For underordna domstoler vil løsninga da som regel være å sende saken til en sideordna domstol, jf. dl. § 119.

For Høyesteretts vedkommende ble spørsmålet om samtlige dommeres habilitet diskutert (og besvart benektende) i Rt. 2003 s. 1588. En av dommerne hadde status som fornærma i saken som skulle behandles, og spørsmålet var om de andre dommerne var inhabile på grunn av det kollegiale forholdet til dommeren. Førstvoterende viste først til ei rekke momenter som talte mot inhabilitet, for så å gjøre ei mer prinsipiell vurdering av det å inhabilisere samtlige av Høyesteretts dommere. Ettersom Høyesterett ikke har noen sideordna domstol, ville ei eventuell inhabilisering kreve at man oppnevnte settedommere. Dette, mente førstvoterende, er «ikke uten prinsipielle betenkeligheter», ettersom det «juridiske toppmiljø» i Norge er «snevert», og det ikke er «prinsipielt uproblematisk å utpeke bestemte dommere for å avgjøre en konkret

¹³⁷ Dl. § 55 e første ledd nr. 2.

¹³⁸ Dl. § 119 første ledd.

¹³⁹ For samme situasjon i lagmannsretten, se Rt. 2015 s. 238 U.

sak». ¹⁴⁰ Spørsmålet om hva som bør skje dersom samtlige av Høyesteretts dommere kjennes inhabil, har vært mye diskutert i litteraturen, og ei avklaring er foreslått i NOU 2020: 11. ¹⁴¹ Da spørsmålet har forholdsvis liten praktisk betydning, ¹⁴² især for mitt tema, avgrenser jeg mot ei videre behandling av dette spørsmålet.

Så lenge det er habile dommere igjen i Høyesterett, er det disse som settes til å behandle saken. Dette gjelder også om det er tale om ei plenumsbehandling. I HR-2016-106-A hadde, som nevnt, dette den konsekvens at saken – som altså egentlig skulle behandles i plenum av samtlige av Høyesteretts 20 dommere – ble behandla av bare fem dommere.

3.4.2 Virkninger for sakens gang

Dersom det viser seg at en dommer som behandla en sak, skulle vært kjent inhabil, regnes retten for å ikke ha vært lovlig sammensatt, jf. tvl. § 29-21 andre ledd bokstav b og strpl. § 343 andre ledd nr. 3. En slik feil skal ved anke «ubetinget tillegges virkning» – altså uten noen vurdering av om feilen har hatt betydning for avgjørelsen – med den konsekvens at avgjørelsen oppheves. Inhabilitet kan også utgjøre grunnlag for begjæring av gjenåpning, jf. tvl. § 31-3 første ledd bokstav a og strpl. § 390 første ledd.

Det følger av dl. § 120 andre ledd at avgjørelser som konstaterer inhabilitet ikke kan angripes. ¹⁴³ Bakgrunnen for regelen er at man ikke bør ha adgang til å forsinke rettsprosessen gjennom en anke, når resultatet uansett vil være at saken behandles av en habil dommer. ¹⁴⁴ Det kan hevdes at regelen god mening, ettersom hvem som er dommer i utgangspunktet ikke skal ha noe å si, såfremt vedkommende er habil. Samtidig indikerer drøftelsene i punktene 2.3 og 3.2.1, at både dommer og domstolssammensetning kan ha betydning for opplevelsen upartiskhet. Særlig gjelder dette i relasjon til planlagt plenumsbehandling, da partene i slike tilfeller kan oppleve at det som avgjørende at saken behandles av så mange dommere som mulig. I slike tilfeller kan det være uheldig at man ikke har mulighet til å anke avgjørelser om inhabilitet.

¹⁴⁰ Rt. 2003 s. 1588 A avsnitt 14.

¹⁴¹ For diskusjonen i litteraturen, se eksempelvis Hylland (2009). For Domstolkommisjonens drøftelse, se punkt 12.6.4 på side 143.

¹⁴² Et sjeldent unntak er Rt. 1889 s. 561. Tiltalte hadde skrevet artikler som omtalte Høyesterett på en krenkende måte.

¹⁴³ Verken parter eller inhabile dommere kan anke avgjørelsen (se Rt. 1999 s. 1421 S, hvor en meddommers anke vedrørende egen habilitet ble avvist). Rt. 2011 s. 1140 U utgjør et unntak. Påtalemyndigheta hadde anka lagmannsrettens avgjørelse om at samtlige dommere i tingretten var inhabile. Høyesteretts ankeutvalg fant at lagmannsretten ikke hadde vurdert dommernes habilitet riktig, og tok anken til følge. Retten nevner ikke avgjørelsens forhold til dl. § 120 andre ledd, hvilket Bøhn (2013) tolker som uttrykk for at ankeutvalget «overså åpenbart § 120 andre ledd» (side 507).

¹⁴⁴ Bøhn (2013) side 509.

4 Faglige ytringer i praksis

4.1 Innledning

Utgangspunktet i relasjon til alle ytringer er, som diskutert tidligere, at også dommere har ytringsfrihet. Selv om inhabilisering normalt ikke krenker dommerens rett til ytringsfrihet, tilsier eksistensen av denne rettigheten – og det medfølgende hensynet til å unngå en «chilling effect» – at praksis om inhabilitet som følge av ytringer ikke kan gå så langt at dommere i realiteten står uten ytringsfrihet. Av mange regnes det til og med som et *gode* at høyesterettsdommere, som noen av Norges fremste eksperter på juss, deltar i den offentlige samtale om juridisk-faglige spørsmål.¹⁴⁵ Nedenfor forsøker jeg å identifisere hva det er ved faglige ytringer som gjør at de likevel kan være «skikket til å svekke tilliten» til dommerens upartiskhet. De nevnte utgangspunkter er et viktig bakteppe i den sammenheng.

Jeg gjennomgår praksis innafor tre typetilfeller av faglige ytringer: ytringer i form av juridisk litteratur, ytringer i form lovforarbeid og ytringer i form av organisasjonsdeltakelse.

Når det gjelder utvalget av praksis, har jeg – på grunn av ei innstramming i praktiseringa av habilitetsreglene¹⁴⁶ – valgt å fokusere på praksis fra de siste 20 årene. For juridisk litteratur og organisasjonsdeltakelse mener jeg at jeg går gjennom det som er av tilgjengelig høyesterettspraksis.¹⁴⁷ For faglige ytringer i form av lovforarbeid har jeg imidlertid, på grunn av omfanget av tilgjengelig praksis, avgrensa mot tilfeller hvor det foreligger flere relevante inhabilitetsgrunnlag,¹⁴⁸ herunder tilfeller hvor dommeren også har jobba med den konkrete saken,¹⁴⁹ tilfeller hvor retten konkluderer med habilitet uten å gå nærmere inn på de påberopte omstendighetene,¹⁵⁰ tilfeller av foreløpige habilitetsvurderinger i forbindelse med loddtrekning til storkammer,¹⁵¹ samt tilfeller hvor retten konkluderer med habilitet som følge av at dommeren ikke har hatt med det aktuelle lovforarbeidet å gjøre.¹⁵²

¹⁴⁵ Jf. også Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 8, hvor retten uttalte at det «er åpenbart nyttig at dommere har full anledning til å gi uttrykk for sitt faglige syn i bøker, artikler og foredrag».

¹⁴⁶ Uttalt i blant annet Rt. 2013 s. 1570 A avsnitt 20.

¹⁴⁷ Basert på søk i Lovdata Pro, sammenholdt med Backer (2020) side 129-130, Bøhn (2013) side 421-424 og Settem (2019) side 111-121.

¹⁴⁸ Eksempelvis Rt. 2005 s. 1217 A avsnitt 5-6.

¹⁴⁹ Eksempelvis Rt. 2006 s. 1188 P avsnitt 7.

¹⁵⁰ Eksempelvis HR-2012-155-J avsnitt 7 sammenholdt med avsnitt 3.

¹⁵¹ Eksempelvis HR-2009-1820-F.

¹⁵² Eksempelvis Rt. 2004 s. 1632 A, hvor flertallet (4-1) framheva at det «ikke foreligger inhabilitet alene på grunn av tidligere arbeidsgivers tilknytning til en sak» (avsnitt 6).

Jeg har strukturert gjennomgangen av de ulike typetilfellene på litt ulike måter. Dette skyldes variasjon i rettskildebildet. For typetilfellet juridisk litteratur er det særlig tre avgjørelser som står sentralt. Vurderingstemaet i avgjørelsene krever at man har kjennskap til både innholdet i den aktuelle ytringa og hovedtrekkene i hovedsaken. Jeg vil derfor gå gjennom hver enkelt avgjørelse etter tur. For typetilfellet lovforarbeid er det lettere å se sammenhengen mellom den faglige ytringa og hovedsaken, og det er derfor mindre behov for en inngående gjennomgang av innholdet i ytringa og hovedsaken. Det er også et større rettskildetilfang for denne ytringstypen. Jeg har derfor valgt å analysere praksis via momenter som ofte tillegges vekt. For typetilfellet organisasjonsdeltakelse finnes det bare én relevant avgjørelse. Ettersom avgjørelsen har vært mye omtalt og diskutert,¹⁵³ vil jeg gjøre en særlig grundig gjennomgang og analyse av den.

4.2 Overordna om hvorfor faglige ytringer kan virke inhabiliserende

I underkapittel 2.5 skrev jeg at habilitetsreglene har tre overordna formål: å sikre at dommere ikke er påvirka av utenforliggende hensyn, å sikre tillit til rettssystemet og rettsapparatet, og å spare dommerne for påkjenninga det vil kunne være å dømme i en sak de har særlig tilknytning til.¹⁵⁴ Det første formålet slår klart ikke til for faglige ytringer, ettersom faglig funderte oppfatninger om rent rettslige spørsmål ikke kan karakteriseres som utenforliggende eller på annen måte illegitime. Det sentrale for de ytringer jeg behandler er nemlig nettopp det at de bygger på rettslig legitime syn som dommeren like gjerne kunne inntatt i rollen som dommer i en konkret sak.¹⁵⁵ Dette er viktig, fordi det innebærer at det ytrede standpunktet ikke ville vært problematisk om dommeren først hadde framsatt det under behandlinga av en sak: Det problematiske ligger i at standpunktet er inntatt *utenfor* domstolen.

Det tredje formålet, hensynet til dommeren selv, har til en viss grad relevans for faglige ytringer, ettersom dommeren kan oppleve det som krevende å skulle dømme i strid med ytringer hun tidligere har inntatt offentlig. Dette, at dommeren kan føle seg bundet av tidligere standpunkter, har imidlertid størst betydning i relasjon til formålet om å beskytte partene og allmenhetens tillit. At faglige ytringer kan svekke tillita til dommeren, må ses i sammenheng med det grunnleggende aspektet av upartiskhet som går på å sikre partenes opplevelse av at dommeren møter deres sak med intellektuell, juridisk og moralsk åpenhet. Selv om dommerens standpunkt

¹⁵³ Se note 6.

¹⁵⁴ Skoghøy (2017) side 165.

¹⁵⁵ I betydninga standpunkter innafor intervallet av forsvarlige og legitime løsninger.

er rettslig forsvarlig, og dommeren kunne truffet samme standpunkt uavhengig av den aktuelle ytringa, kan ytringa gi partene en opplevelse av at de ikke har påvirkningskraft. Dette strider mot følelsen upartiskhet, slik den beskrives i underkapittel 2.4.

At faglige ytringer kan gi redusert åpenhet i relasjon til sakens løsning, kan tenkes å skyldes to ulike psykologiske mekanismer. Den første knytter seg til det at man, etter å ha arbeida lenge med et spørsmål, kan utvikle en form for «tunnelsyn», slik at man ikke helt klarer å løsrive seg fra det ståstedet man har inntatt. Det omfattende arbeidet med spørsmål som står sentralt i saken gjør at man ikke fullt ut er i stand til å møte partenes nye argumenter, og å møte saken med helt åpent sinn. Dommerens faglige bakgrunn i relasjon til den aktuelle rettslige problemstillinga går i slike tilfeller utenfor det alminnelige, og det oppstår ei form for kvalifisert forutinntatthet.

Den andre mekanismen kan omtales som et slags «prestisjeargument»: På bakgrunn av at det er en normal menneskelig reaksjon å ønske at eget intellektuelt arbeid skal få gjennomslag og anerkjennelse, kan det være grunn til å frykte at dommeren vil føle behov for å forsvare sitt tidligere offentliggjorte arbeid. Dette er noe litt annet, og kanskje litt mer problematisk, enn ren faglig forutinntatthet, ettersom dommerens valg av standpunkt ikke utelukkende skyldes dommerens faglige syn.

Det er ikke mulig å si noe sikkert om hvilken mekanisme som virker sterkest på den enkelte dommeren, eller om den enkelte i det hele tatt er påvirka av slike mekanismer. Men ettersom det kan antas at *mange* påvirkes av slike mekanismer, og habilitetsvurderinga som regel gjøres «objektiv»,¹⁵⁶ er det ikke avgjørende å vite noe om hvordan den enkelte dommeren rent faktisk opplever situasjonen. Det kan imidlertid knytte seg større eller mindre grad av prestisje til det standpunktet som dommeren har inntatt, og dette kan gjøre at den ene eller andre mekanismen framstår som mer framtreddende.

Utover disse felles utgangspunktene, kan det være særtrekk ved de ulike typetilfellene som har betydning for hvordan man kan forklare beslutninger om inhabilitet. Jeg vil derfor begynne gjennomgangen av hvert typetilfelle med en redegjørelse for hvordan Høyesterett har begrunna (eller kan *tolkes* som å ha begrunna) inhabilitet i tilfeller av den aktuelle typen ytring.

¹⁵⁶ Se underkapittel 3.3.

4.3 Overordna om sentrale momenter i habilitetsvurderinger knytta til faglige ytringer

Rettspraksis om inhabilitet som følge av faglige ytringer viser at det må gjøres ei bred og skjønnsmessig vurdering av den aktuelle ytringa holdt opp mot de spørsmålene som i den aktuelle saken skal opp til behandling. Selv om det er variasjoner i hvilke momenter som er relevante og hvilken vekt de ulike momentene gis, er det enkelte omstendigheter som ofte får betydning i avgjørelser om habilitet ved faglige ytringer.

Grunnleggende gjelder slike habilitetsvurderinger spørsmålet om, og i hvilken grad, ytringa omhandler de rettslige problemstillingene som skal opp til behandling. Dersom ytringa angår sakens kjerne, er det mer sannsynlig at den vil ha inhabiliserende virkning enn om den angår et spørsmål som ligger i sakens periferi.¹⁵⁷ Videre vil det kunne tale for inhabilitet dersom ytringa gir uttrykk for «klare og forbeholdsløse» standpunkter¹⁵⁸ Også tidsforløp går igjen: Dersom ytringa ble avgitt mange år før den aktuelle saken skulle opp til behandling, regnes dette som mindre problematisk enn om ytringa ble avgitt like før, eller i forbindelse med, behandlinga.¹⁵⁹

Disse momentene – innholdsmessig og tidsmessig nærhet – kan utledes fra rettspraksis, men kan også forstås utfra begrunnelsen for at faglige ytringer kan ha inhabiliserende virkning: Jo større nærhet det er mellom ytring og sak, i både innhold og tid, jo sterkere kan inntrykket bli av at dommeren har bestemte – potensielt ubevegelige – syn på sakens rettslige spørsmål. Dersom dette inntrykket blir sterkt nok, kan partene oppfatte deres egen påvirkningskraft som så svekka at de ikke lengre opplever dommeren som upartisk.

4.4 Praksis om ulike typetilfeller av faglige ytringer

4.4.1 Faglige ytringer i form av juridisk litteratur

4.4.1.1 Ytringas nærmere karakteristikk

Med «juridisk litteratur» mener jeg ytringer i form av publiserte artikler og fagbøker. Ytringene må normalt forstås å gi uttrykk for forfatterens faglige synspunkter på det tidspunktet ytringa

¹⁵⁷ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9, eksempelvis sammenligna med Rt. 2008 s. 602 A avsnitt 14. I samme retning HR-2020-2079-P avsnitt 27 og Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 23.

¹⁵⁸ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9 og Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 23. Motsetningsvis Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 15, hvor retten i habiliterende retning framheva at dommere Schei og Bårdsen ikke kunne knyttes til noen standpunkter.

¹⁵⁹ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9, sammenligna med Rt. 2000 s. 38 A. Se også Rt. 2008 s. 1451 S.

ble avgitt. Synspunktene kan være mer eller mindre generelle, og mer eller mindre bastante – med stor betydning for habilitetsvurderinga.

4.4.1.2 Utgangspunkt og begrunnelse for at juridisk litteratur kan virke inhabiliserende

Rettspraksis har flere ganger gitt uttrykk for at det er «åpenbart nyttig» at dommere «har full anledning til å gi uttrykk for sitt faglige syn i bøker, artikler og foredrag», og at «[h]abilitetsreglene bør ikke stenge for dette».¹⁶⁰ Høyesterett har ikke gitt noen utfyllende forklaring på hvorfor slike ytringer likevel kan medføre at den ytrende dommeren må vike sete, men har i enkelte saker kommet med noen kortfattede uttalelser som kan uttrykke ei forklaring. I Rt. 2009 s. 454 *Skoghøy II* uttalte retten at dommere bør «vere varsam med å uttale seg på ein måte som kan oppfattast slik at vedkomande har kome til ein endeleg konklusjon».¹⁶¹ Uttalelsen synes å peke mot partenes behov for en opplevelse av at dommeren ikke allerede har bestemt seg – behovet for opplevd påvirkningskraft. Også Rt. 2000 s. 38 gir uttrykk for ei slik betraktning, idet retten uttalte at den ikke kunne se at det forelå grunnlag for å si at dommer Rieber-Mohn «ikkje vil stå fritt i saka».¹⁶² Tilsvarende er HR-2017-525-U, hvor retten uttalte at den hadde tillit til at dommeren ville vurdere saken med «friske øyne».¹⁶³

Som jeg kommer tilbake til nedenfor, finnes ei rekke saker hvor dommere har avgitt ytringer i faglitteratur som innfrir flere av de momentene som praksis viser kan ha inhabiliserende virkning, uten at dommernes habilitet har vært problematisert. I tillegg finnes ei rekke saker hvor dommere har avgitt faglige ytringer som *ikke* innfrir de momentene som tidligere har virka inhabiliserende, hvor ytringene heller ikke har vært tematisert i noen habilitetsavgjørelse. Jeg behandler ikke denne siste gruppen saker. Disse sakene illustrerer imidlertid at det klare utgangspunktet virkelig er at faglige ytringer i form av juridisk litteratur ikke fører til inhabilitet, og det er derfor viktig å ha kjennskap til at disse sakene eksisterer. Felles er at dommernes fagarbeid tas i bruk for å avklare *generelle* spørsmål om juss som står mer *perifert* i sakene som

¹⁶⁰ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 8, med videre henvisning til Rt. 1983 s. 490 og Rt. 2000 s. 38 A, gjentatt i Rt. 2008 s. 602 A avsnitt 12.

¹⁶¹ Rt. 2009 s. 454 P avsnitt 13. I note 32 avgrensar jeg mot noen nærmere behandling av avgjørelsen. På tross av grunnlaget for avgrensninga har det siterte relevans i relasjon til faglige ytringer mer generelt.

¹⁶² Rt. 2000 s. 38 A side 39. Avgjørelsen gjelder artikkel i juridisk tidsskrift, men Rieber-Mohns generelle engasjement i saken – blant annet som riksadvokat – gjør at avgjørelsen likevel faller utenfor oppgavens tema.

¹⁶³ HR-2017-525 U avsnitt 26. Saken gjaldt riktignok en sakkyndig, men reglene for dommernes habilitet gjelder tilsvarende for sakkyndige, jf. tvl. § 25-3 (men likevel slik at det må ses hen til «den sakkyndiges rolle og oppgaver», jf. HR-2019-1848-U).

skal behandles. Til illustrasjon, se HR-2021-2421-U og HR-2021-1975-S, hvor Skoghøys *Tvisteløsning* ble brukt for å utdype uproblematisk generelle rettslige redegjørelser.¹⁶⁴

4.4.1.3 Gjennomgang av praksis

*Rt. 2003 s. 1094 (Skoghøy I)*¹⁶⁵

Det ble uttalt i *Rt. 2003 s. 1094 Skoghøy I*, og har blitt gjentatt i seinere avgjørelser, at utgangspunktet om at en dommer ikke blir inhabil ved tidligere uttalelser om rettsspørsmål som skal behandles, også gjelder hvor dommeren «har inntatt et klart og forbeholdsløst standpunkt».¹⁶⁶ I *Skoghøy I* kom imidlertid retten likevel til at dommer Skoghøy var inhabil, som følge av «klare og forbeholdsløse» standpunkter han inntok i en artikkel publisert i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* samme år.

Artikkelen omhandler «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («Ne bis in idem»)»,¹⁶⁷ og aktualiserte habilitetsspørsmål i tre straffesaker, hvorav samtlige gjaldt spørsmål om sakene skulle vært avvist på grunn av forbudet mot dobbeltstraff, sia de tiltalte allerede var ilagt konkurskarantene etter konkursloven § 142 første ledd nr. 1 og nr. 2.¹⁶⁸ I artikkelen hadde Skoghøy blant annet uttalt om nettopp konkursloven § 142 første ledd nr. 1 at det kan

«etter min oppfatning ikke være tvilsomt at en avgjørelse om å ilegge konkurskarantene på grunnlag av denne bestemmelsen må anses som straff i forhold til EMK. Dette innebærer at ikke bare rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse, men også uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 og dobbeltforfølgingsforbudet i protokoll 7 artikkel 4 nr. 1».¹⁶⁹

Retten vektla, i favør av inhabilitet, at Skoghøys ytringer gjaldt et «forholdsvis smalt område», og at de «klare og forbeholdsløse standpunkter» som ble inntatt, var «helt sentrale for

¹⁶⁴ Skoghøy (2017).

¹⁶⁵ Jeg omtaler avgjørelsene med navnet på den/de dommerne som avgjørelsen omhandla. I tilfeller hvor jeg behandler avgjørelser som omhandler flere dommere, men likevel bare fokuserer på habilitetsvurderingene knytta til faglige ytringer, bruker jeg navnet på dommerne som avga faglige ytringer. Årsaken til at jeg velger å omtale avgjørelsene med navn, er at det i sammenligningene ofte blir vanskelig å holde styr på de ulike avgjørelsene. Ettersom habilitetsavgjørelser ikke griper inn i dommernes privatliv på samme måte som saker med andre parter gjør, og det er viktig med gjennomsiktighet i dommernes aktiviteter, mener jeg at dette heller ikke er problematisk utfra personvern betraktninger. Se Bårdsen i HR-2018-557-A avsnitt 20-21 for videre diskusjon om bruk av populærnavn på høyesterettsdommer.

¹⁶⁶ *Rt. 2003 s. 1094 A* avsnitt 8, gjentatt i for eksempel *Rt. 2008 s. 602 A* avsnitt 12.

¹⁶⁷ Skoghøy (2003).

¹⁶⁸ *Rt. 2003 s. 1243 A*, *Rt. 2003 s. 1221 A* og *Rt. 2003 s. 1241 A*.

¹⁶⁹ Skoghøy (2003) på side 18-19.

løsningen» av de sakene som skulle behandles.¹⁷⁰ Uttalelsene gir en indikasjon på hvor tett innholdsmessig nærhet det må være mellom ytring og sak for at ytringa skal kunne ha inhabiliserende virkning: Dersom ytringa, som i det siterte, går helt i kjerna på sakens spørsmål, kan standpunktene som inntas være så «sentrale» for sakens løsning at de bør virke inhabiliserende. Videre har det altså betydning om de ytra standpunkter er «klare og forbeholdsløse». I artikkelen uttrykte Skoghøy et helt entydig standpunkt, særlig ved at han fant at det aktuelle spørsmålet ikke var «tvilsomt». Endelig hadde det betydning at artikkelen ble skrevet på et tidspunkt da den aktuelle saken *allerede sto for Høyesterett* til avgjørelse.¹⁷¹ Det forelå dermed, i tillegg til innholdsmessig nærhet, ei tidsmessig nærhet mellom ytring og sak.

I lys av de tidligere siterte uttalelsene om at faglige ytringer kan føre til inhabilitet dersom dommeren uttaler «seg på ein måte som kan oppfattast slik at vedkomande har kome til ein endeleg konklusjon»,¹⁷² eller dersom dommeren framstår på en måte som gjør at man kan få svekka tillit til dommerens evne til å «stå fritt i saka»,¹⁷³ gir de nevnte momentene anvendt på Skoghøys ytring god sammenheng: Ytringa var klart egna til å gi inntrykk av at Skoghøy hadde ei bestemt oppfatning om hvordan det aktuelle spørsmålet skulle løses, og at han ikke med letthet ville komme til å endre sitt standpunkt.

Rt. 2008 s. 602 (Matningsdal)

I Rt. 2008 s. 602 *Matningsdal* konkluderte retten med habilitet. Habilitetsspørsmålet ble aktualisert som følge av uttalelser dommer Matningsdal hadde avgitt året før i boka *Siktedes rett til å eksaminere vitner*.¹⁷⁴ Hovedsaken (heretter «2008-saken») var gjenopptaking av en avgjørelse fra 2004,¹⁷⁵ hvor retten hadde forkasta tiltaltes anke over at lagmannsretten hadde tillatt opplesing av politiforklaringa til en medtiltalt. Bakteppet for gjenopptakinga var at tiltalte hadde klagd inn 2004-avgjørelsen til EMD, som konstaterte at opplesinga krenka EMK art. 6. I forbindelse med lagmannsrettens behandling av den gjenopptatte saken, ble den sikta samboer innkalt som vitne. Da samboeren nekta å avgi forklaring, tillot retten opplesning av politiforklaringer som samboeren hadde avgitt mens hun selv var sikta i saken. Anken til Høyesterett gjaldt påstand om at opplesninga utgjorde en saksbehandlingsfeil fordi samboeren ikke hadde vært kjent med fritaksretten hun som nærstående hadde etter strpl. § 122. Samboeren

¹⁷⁰ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 9.

¹⁷² Rt. 2009 s. 454 P avsnitt 13.

¹⁷³ Rt. 2000 s. 38 A side 39.

¹⁷⁴ Matningsdal (2007).

¹⁷⁵ Rt. 2004 s. 97 A.

var, under politiavhøret, blitt informert om fritaksretten som *sikta* etter strpl. § 232. Spørsmålet var imidlertid om dette var tilstrekkelig, eller om hun også måtte være kjent med § 122.

I boka si diskuterer Matningsdal nettopp spørsmålet om vitnet må være «gjort kjent med begge nektelsesgrunnlag». ¹⁷⁶ I den sammenheng drøfter han blant annet en sak fra 2004, ¹⁷⁷ hvor retten tillot opplesning av ei politiforklaring en samboer hadde avgitt mens hun selv var sikta. En viktig forskjell på denne 2004-saken og på 2008-saken – som skulle komme til å stå sentralt i 2008-saken ¹⁷⁸ – var at politiforklaringa i 2004-saken omhandla samboerens *egne forhold*, mens forklaringa i 2008-saken omhandla *den tiltalte*. Om denne forskjellen skriver Matningsdal:

«[A]vgjørelsen gjelder ... et tilfelle hvor vitnet bare hadde forklart seg om sin egen opptreden. Men da vitnet var kjent med at også samboeren var mistenkt eller siktet i saken, måtte resultatet ha blitt det samme selv om forklaringen også omhandlet samboerens opptreden. Dette støttes av Rt. 1988 s. 314 [...]». ¹⁷⁹

Matningsdal tar i det siterte klart stilling til kjerna av spørsmålet som Høyesterett skulle behandle: Om det var riktig å tillate opplesning av den vitnende samboerens politiforklaring om sin tiltalte samboer, når den vitnende samboeren ikke var kjent med alle fritaksgrunnlag.

Som inhabilitetsgrunn pekte tiltalte også på at Matningsdal hadde behandla EMD-dommen med et «særleg engasjement». ¹⁸⁰ Matningsdal hadde via et eget underkapittel til dommen, hvor han ga uttrykk for ei rekke klare synspunkter. Blant annet uttalte han at han var uenig med advokat John Christian Elden – som representerte en av de tiltalte i 2004 – i hvordan Elden tolka EMD-dommen, og at «[d]et er i det hele tatt ikke lett å skjønne hvordan han [Elden] kan konkludere med at Høyesterett nå må oppstille vilkår som gir en snevrere opplesningsadgang». ¹⁸¹

I utgangspunktet synes det være to omstendigheter i *Matningsdal* som, med grunnlag i *Skoghøy I*, skulle talt for inhabilitet. For det første var det i *Matningsdal*, som i *Skoghøy I*, stor tidsmessig nærhet mellom ytring og sak: Skoghøy skrev artikkelen sin mens den aktuelle saken sto for Høyesterett, Matningsdal skrev boka si da den aktuelle saken var ferdigbehandla i EMD, og «det var klart at den [...] ville halde fram for norske domstolar». ¹⁸² For det andre inntok

¹⁷⁶ Matningsdal (2007) side 31.

¹⁷⁷ Rt. 2004 s. 1789 A. Dette er, for ordens skyld, en annen 2004-sak enn den som ble gjenopptatt i 2008.

¹⁷⁸ Hovedsaken ble en dissenssak, blant annet på grunn av forskjeller i fortolkninga av 2004-saken. Se Rt. 2008 s. 657 A avsnitt 25 sammenholdt med avsnitt 35.

¹⁷⁹ Matningsdal (2007) side 31.

¹⁸⁰ Rt. 2008 s. 602 A avsnitt 6.

¹⁸¹ Matningsdal (2007) side 114.

¹⁸² Sitat fra tiltaltes forsvarer.

Matningsdal, som Skoghøy, standpunkter som var «helt sentrale for løsningen» av saken som skulle behandles.¹⁸³ Matningsdals ytringer hadde dermed, som Skoghøys ytringer, nær sammenheng med den saken som skulle opp til behandling, både tidsmessig og innholdsmessig.

Et tilleggsmoment er at det framstår som Matningsdal hadde et generelt faglig *engasjement* for hovedsaken, sia han via 2004-saken mye fokus i boka si. Det synes klart at et slikt engasjement kunne skapt inntrykk av at Matningsdal ikke ville klare å møte saken med tilstrekkelig distanse og åpenhet.

Likevel ble altså Matningsdal funnet habil. For det første mente retten at Matningsdals uttalelser ikke var spissa nok. Selv om spørsmålet Matningsdal hadde uttalt seg om var «svært likt den ankegrunnen som blir gjort gjeldande», kunne ikke retten se at han uttalte seg «anna enn på reint generelt grunnlag» – han hadde bare gitt uttrykk for sitt «faglige syn», jf. utgangspunktet om at habilitetsreglene ikke stenger for at dommerne uttrykker sine faglige syn.¹⁸⁴

Det er vanskelig å forstå hvorfor Matningsdal i større grad enn Skoghøy ble ansett å uttale seg på «reint generelt grunnlag», når han, som Skoghøy, ga uttrykk for et bestemt syn på et veldig snevert spørsmål, som attpåtil sto helt sentralt i hovedsaken.¹⁸⁵ Med grunnlag i begrunnelsen for at faglitteratur kan inhabilisere, og foregående drøftelser om opplevd åpenhet som avgjørende element i upartiskhet, kunne man forventet at det avgjørende ville være at ytringa var egna til å gi inntrykk av at Matningsdal allerede hadde ei oppfatning om hva utfallet burde bli i hovedsaken.

Ei mulig forklaring på hvorfor Matningsdals ytringer ble vurdert annerledes enn Skoghøys, kan være at retten mente å høyne terskelen for inhabilitet og at *Matningsdal* derfor må anses som en fravikelse av *Skoghøy I*. Samtidig er det, etter mitt syn, ingen åpenbar grunn til at retten skulle ønske å endre kurs, bare fem år etter *Skoghøy I*. Prejudikatfravik anses normalt å ha sammenheng med at det har funnet sted ei retts- eller samfunnsutvikling, eller med at prejudikatet bygde på mangelfulle vurderinger.¹⁸⁶ Ingen av disse omstendighetene synes treffende for *Skoghøy I* eller *Matningsdal*. Et eventuelt prejudikatfravik framstår derfor som noe umotivert. Til dette kommer også at retten i *Matningsdal* ikke uttrykte at avgjørelsen var ment som noen oppmykning, men tvert imot at vurderingene var i tråd med utgangspunktene

¹⁸³ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9.

¹⁸⁴ Referert til i avsnitt 13 av Rt. 2008 s. 602 A.

¹⁸⁵ I samme retning Skoghøy (2017) side 183: «Avgjørelsene [...] er umiddelbart vanskelige å forene».

¹⁸⁶ Skoghøy (2018) side 131-141 og Monsen (2012) side 155.

fra *Skoghøy I*.¹⁸⁷ Samla sett synes det derfor heller å være tale om enn inkonsistens, enn en fravikelse. Jeg drøfter dette nærmere i kapittel 5.

Som nevnt hadde forsvaren også framheva Matningsdals «særleg[e] engasjement» for 2004-saken. Retten ble heller ikke overbevist av denne argumentasjonen, og viste til at Matningsdals drøftelser knytta seg til en annen diskusjon, om hvorvidt EMDs avgjørelse ville ha konsekvenser for hovedbevislæra.¹⁸⁸ Det var heller ikke avgjørende at Matningsdals bok hadde «en viss brodd mot andre forfattere», all den tid «denne først og fremst er ei analyse av rettsspørsmålet».¹⁸⁹ Rettens forståelse av Matningsdals engasjement indikerer at det ikke hadde betydning at Matningsdal kunne oppfattes slik at han *generelt* mangla distanse til saken.

Det kan stilles spørsmål ved om retten i dag ville vurdert engasjementet på samme måte. I seinere tid har det som nevnt kommet flere avgjørelser fra Høyesterett som indikerer at det kan ha betydning om de rettslige nyansene i det potensielt inhabiliserende forholdet, kan misforstås av ikke-jurister (se punkt 3.3.2). Siktetes rett til å eksaminere vitner vil nok av de fleste utenforstående oppfattes som et så smalt tema, at det vil være vanskelig å få klarhet i nyansene i Matningsdals drøftelser. Det er derfor tenkelig at retten i dag ville tillagt det mindre vekt at diskusjonen om EMD-saken dreide seg om spørsmål som ikke ville ha direkte betydning for hovedsaken.

*Rt. 2009 s. 1118 (Skoghøy III) og HR-2021-2248-A (Høgetveit Berg)*¹⁹⁰

I tillegg til at det ikke er helt lett å forene Høyesteretts praksis i sakene hvor habilitet faktisk *har* vært tematisert, er det en del saker hvor habilitet *kunne* vært tematisert, men hvor dette ikke har skjedd. *Rt. 2009 s. 1118* er en slik sak.¹⁹¹ Saken gjaldt plikt til å begrunne ankenektelse i sivile saker. Retten delte seg i tre, hvorav Skoghøy førte penna for den ene dissensen. Skoghøy hadde tidligere samme år skrevet en leder i *Lov og Rett* hvor han tok klart stilling til sakens sentrale spørsmål.¹⁹² Skoghøys habilitet virker likevel ikke å ha vært vurdert.

Et lignende tilfelle er *HR-2021-2248-A*, om en dobbeltsuksjonskonflikt som særlig aktualiserte spørsmålet om krav til overlevering ved salg av ikke-registrerbart løssøre. Dommen

¹⁸⁷ *Rt. 2008 s. 602 A* avsnitt 13.

¹⁸⁸ *Ibid.* avsnitt 14.

¹⁸⁹ *L.c.*

¹⁹⁰ Av plasshensyn kan jeg ikke behandle disse sakene mer inngående. Kjennskap til sakene er like fullt nødvendig for et dekkende bilde av rettstilstanden.

¹⁹¹ Løfta fram i Backer (2020) side 130. Skoghøy (2017) viser til *Rt. 1998 s. 176 A* som eksempel (side 183). Saken gjaldt spørsmål om en konstituert dommer kunne tjenestegjøre som rettsformann i lagmannsretten, hvilket Skoghøy hadde tatt et «klart standpunkt» til i boka *Tvistemål*. Skoghøy skriver at Høyesterett var «fullt klar over dette», men at det likevel ikke ble truffet noen eksplisitt habilitetsavgjørelse.

¹⁹² Skoghøy (2009b).

inneholder syv henvisninger til dommer Høgetveit Bergs bok *Beslagsretten*, iblant som eneste grunnlag for å slå fast en rettsregel.¹⁹³ Heller ikke her ble imidlertid habilitet tematisert, og Høgetveit Berg dømte i samsvar med standpunktene han ga uttrykk for i boka.

HR-2022-959-U kan imidlertid indikere at retten i disse tilfellene *burde* vurdert dommernes habilitet. Her beslutta Høyesteretts ankeutvalg, med grunnlag i en påstand om at Høgetveit Berg var inhabil til å vurdere den aktuelle dobbeltsuksjonskonflikten, å fremme ei begjæring om gjenåpning av HR-2021-2248-A. Gjenåpningsspørsmålet – og dermed også habilitetsspørsmålet – skal avgjøres i avdeling. Resultatet av denne avgjørelsen kan gi viktige avklaringer med hensyn til både spørsmålet om når habilitet skal vurderes, og spørsmålet om hvor streng denne vurderinga skal være.

4.4.2 Faglige ytringer i form av deltakelse i lovforarbeid

4.4.2.1 Ytringas nærmere karakteristikker

Med «(lov)forarbeid» mener jeg dokumenter som har blitt utarbeida i forbindelse med forberedelsen av en lov.¹⁹⁴ Jeg bruker også termen som beskrivelse av arbeidet, altså om utarbeidelsen av slike dokumenter.

I motsetning til typetilfellet juridisk litteratur, hvor avgitte ytringer må forstås som uttrykk for dommerens syn på det tidspunktet ytringa ble avgitt, er det ikke gitt at lovforarbeid reflekterer dommerens personlige syn på det temaet som lovforarbeidet omhandler. I særlig grad gjelder dette proposisjoner, hvor den lovforarbeidende ofte arbeider innafor forholdsvis tydelig fastsatte rammer og i liten grad står aleine i vurderingene. Dersom den lovforarbeidende var uenig i enkeltaspekter ved den aktuelle proposisjonen, vil det normalt kunne være vanskelig å finne ut av det i ettertid.¹⁹⁵ Til sammenligning kan medlemmer i NOUer og stortingskomiteer ta dissens dersom de er uenige i resultatet som resten av gruppa lander på. Slik sett vil NOUer og innstillinger i større grad enn proposisjoner kunne anses som uttrykk for et personlig syn. Praksis virker imidlertid ikke å differensiere i noen særlig grad på dette punktet, idet dommere – uansett forarbeidstype – i stor utstrekning identifiseres med sine forarbeider.

¹⁹³ Se eksempelvis avsnitt 99.

¹⁹⁴ Boe (2021).

¹⁹⁵ Partene vil riktignok kunne be om tilgang til interne dokumenter knytta til utarbeidelsen av proposisjonen (for eksempel interne notater fra enkeltrådgivere), jf. blant annet HR-2018-931-U, men det er ikke gitt at slike notater gir et dekkende uttrykk for hvordan enkeltrådgiveren har vurdert de relevante spørsmålene.

Man kan overordna skille mellom tre typer forarbeider: NOU-er, proposisjoner og innstillinger. Skillet har sammenheng med hvilket *stadium* av lovgivningsprosessen forarbeidet ble avgitt på, som også har ei side til i hvilken grad forarbeidet kan sies å ha ei *institusjonell tilknytning*. Innstillinger behandles på politisk nivå, og faller derfor utenfor mitt prosjekt.¹⁹⁶ I forholdet mellom NOU-er og proposisjoner, er det proposisjoner som avgis sist, og derfor er det også proposisjoner som har størst nærhet til lovvedtaket. Større nærhet til lovvedtak kan hevdes å gi ei tettere kobling til lovgiver. Ei slik kobling kan tenkes å være problematisk i relasjon til maktfordelingshensyn, ettersom det innebærer at den forarbeidende dommeren har innflytelse på to ulike deler av det statlige maktapparatet. Proposisjoner har også ei sterkere tilknytning enn NOU-er til den utøvende makta, ettersom proposisjonene utarbeides i departementene. Til sammenligning er NOU-er si institusjonelle tilknytning til den utøvende makta normalt begrensa til at det er regjeringa som oppnevner utvalgene som utarbeider NOU-er.¹⁹⁷ Jeg kommer under punkt 4.4.2 tilbake til hvilken betydning stadium og institusjonell tilknytning skal ha i habilitetsvurderinger knytta til lovforarbeid.

Det kan hevdes at man også bør differensiere mellom ulike typer forarbeidsuttalelser, fordi ulike uttalelser aktualiserer ulike hensyn. Grovt sett kan man eksempelvis tenke seg et skille mellom uttalelser om gjeldende rett og behovet for lovendring, uttalelser om foreslåtte lovreglers forhold til Grunnloven og menneskerettene, og uttalelser som fortolker foreslåtte lovregler.¹⁹⁸ I utgangspunktet kan uttalelser om gjeldende rett ses som uttrykk for en (riktig eller uriktig) *analyse* av en rettskildemessig situasjon. Slik sett minner forarbeidsuttalelser om gjeldende rett langt på vei om uttalelser i faglitteratur. Ved uttalelser om foreslåtte lovreglers grunnlovs-/konvensjonsmessighet og uttalelser som fortolker foreslåtte lovregler har imidlertid den forarbeidende normalt hatt en mer *rådgivende* rolle overfor lovgiver. Det kan hevdes at kritikk av *feilrådgivning* vil innebære mer bebreidelse – og større omdømmetap – enn kritikk

¹⁹⁶ Tidligere var det ikke helt uvanlig at høyesterettsdommere hadde ei fortid på Stortinget, og derfor kunne ha bidratt til utarbeidinga av innstillinger. I mange tilfeller kan slike innstillinger, i sitt innhold, regnes som faglige ytringer. Ettersom innstillinger utarbeides av politikere, vil de imidlertid framstå som *politisk motiverte*. Av den grunn aktualiserer innstillinger noen andre hensyn enn reint faglige ytringer, og faller utenfor oppgavens tema.

¹⁹⁷ Utover at det er departementer som oppnevner utvalgene, beror den institusjonelle tilknytninga på sammensetninga av utvalget. I for eksempel NOU 2020: 3 var flere av sekretariatets medlemmer også ansatte i ulike departementer. Dersom en av disse seinere skulle bli høyesterettsdommer, er det ikke åpenbart at arbeidet bør vurderes til å ha mindre tilknytning til den utøvende makt enn proposisjonsarbeid har.

¹⁹⁸ Men likevel slik at uttalelestypene ofte glir inn i hverandre. Et eksempel er kodifiseringstilfeller, hvor analysen av gjeldende rett danner grunnlaget for fortolkninga av lovforslaget. Se Dok. Nr. 16 (2011-2012), hvor utvalgets tolkning av gjeldende rett også utgjorde tolkninga av den nye Grl. § 112. Dersom man skal differensiere vurderinga av forarbeidsuttalelsene utfra hvor klanderverdig eventuelle feilvurderinger framstår, bør man derfor ta utgangspunkt i den konkrete uttalelsens *innhold*, og ikke bare hvilken uttalelestype uttalelsen skjematisert kan kategoriseres under. Hensikten med grovinndelinga begrenser seg derfor til å gi noen litt mer konkrete typetilfeller å knytte skillet analyse/rådgivning til.

av feilanalyse, og at dommere derfor vil ha mer å forsvare i rådgivningstilfellene og derfor også lettere bør anses inhabil i disse tilfellene.¹⁹⁹

Da Høyesterett ikke virker å ha noen klar praksis for differensiering, og samtlige av avgjørelsene jeg gjennomgår uansett gjelder uttalelser om foreslåtte lovreglers grunnlovs-/konvensjonsmessighet, vil jeg ikke gå nærmere inn på i hvilken grad det er grunnlag for noen differensiering med grunnlag i uttalelestype.

4.4.2.2 Utgangspunkt og begrunnelse for at lovforarbeid kan virke inhabiliserende

Deltakelse i lovforarbeid fører ofte til inhabilitet dersom omdiskuterte bestemmelser i loven som forarbeidet omhandler, skal opp til behandling. Retten gir i disse sakene sjelden noen eksplisitt begrunnelse på hvorfor forholdet virker inhabiliserende,²⁰⁰ men Rt. 2008 s. 1451 *Øie/Indreberg* inneholder uttalelser som kan gi en indikasjon. Førstvoterende uttalte at det er en «klar hovedregel» at dommere ikke blir inhabile som følge av lovforarbeid, og at det må foreligge «særlige forhold» for at arbeidet skal virke inhabiliserende. Som eksempel nevnte førstvoterende saker hvor det er reist tvil om lovforslagets grunnlovsmessighet, fordi:

«Slike saker vil kunne ha stor politisk betydning for den regjeringen som fremmer forslaget. Der vedkommende har deltatt som premissleverandør for det standpunktet som er fremmet i lovproposisjonen, kan det foreligge grunner som taler for at vedkommende er inhabil til å avgjøre tvilsspørsmålet som dommer».²⁰¹

Førstvoterende går ikke nærmere inn på hvilke «grunner» som gjør at deltakelse som premissleverandør for lovforslag med stor politisk betydning, kan virke inhabiliserende. Ei forklaring kan imidlertid være det prestisjeargumentet som jeg lanserte i underkapittel 4.2, her slik at det vil kunne innebære prestisjetap for den som har fungert som premissleverandør dersom løsninga hun hadde personlig ansvar for, ikke skulle få gehør i Høyesterett.

Ei anna tenkelig forklaring kan ligge i det allerede skisserte institusjonelle forholdet mellom statsmaktene. En dommer som har vært «premissleverandør» i lovforarbeid, har hatt en rolle overfor lovgiver. Dersom hun seinere skal behandle spørsmål som hun behandla som forberedelse for lovgiver, kan man se det slik at hun fører kontroll med eget arbeid – hun har, i relasjon til det aktuelle spørsmålet, innvirkning i to ulike deler av statsmakta. Dersom

¹⁹⁹ Nærmere om prestisje som argument for inhabilitet i punkt 4.2 og 4.4.2.2.

²⁰⁰ Rt. 2005 s. 1217 A og Rt. 2006 s. 1188 P er eksempler på inhabilitet uten nærmere drøftelse.

²⁰¹ Rt. 2008 s. 1451 S avsnitt 18.

lovgivningsarbeidet skjedde som del av ansettelse i et departement (slik tilfellet vil være for proposisjonsarbeidet), har dommeren i tillegg ei tilknytning til den utøvende makt. Disse tilknytningene kan være problematiske utfra maktfordelingshensyn, og er i utgangspunktet en noe annen problematikk enn grensedragninga spesiell kompetanse/manglende distanse.²⁰²

Et prinsipielt argument mot å vektlegge maktfordeling i habilitetsvurderinger, gis av Backer, som hevder at framhevinga av dommeren som «premissleverandør» innebærer at Høyesterett gjør «embetsmenn ansvarlige for regjeringens standpunkter på en måte som strider mot det prinsipielle skille i norsk styringsverk mellom embetsverk og den politiske ledelse».²⁰³ Ei innvending mot et slikt argument kan imidlertid være at de faglige vurderingene som lovforslag bygger på, ligger som så avgjørende premisser for den politiske vedtakelsen av lovforslaget, at det prinsipielle skillet *i praksis* kanskje ikke er så klart.

Samtidig er utgangspunktet i relasjon til lovforarbeid at lovforarbeid *ikke* virker inhabiliserende. Slik sett kan den institusjonelle tilknytninga som lovforarbeid innebærer ikke i seg selv være avgjørende som forklaringsmodell for hvorfor forarbeid kan inhabilisere.

Ei anna forklaring kan, som diskutert i kapittel 4.2, være reint faglig forutinntatthet. En dommer som arbeider lenge med et lovforarbeid, kan, i like stor grad som en dommer som skreiver ei bok, utvikle et tunnelsyn som gjør det vanskelig å se andre innfallsvinkler. Dersom dommeren i lovforarbeidet har inntatt sterke standpunkter, kan partene oppleve at dommeren allerede – urokkelig – har bestemt seg for hvordan hun mener det aktuelle spørsmålet bør løses.

I tillegg kan dommeren, særlig i relasjon til uttalelser som fortolker foreslåtte lovregler, sitte med spesiell kunnskap, for eksempel om hva de lovforberedende *egentlig* mente med enkeltuttalelser eller enkeltregler. Dette kan, som faglig forutinntatthet, påvirke hvordan dommeren seinere tolker uttalelsene eller reglene.

Høyesterett går imidlertid, som nevnt, ikke nærmere inn på hvilke grunner som gjør at lovforarbeid er egna til å svekke tillita til dommerens upartiskhet. De nevnte forklaringer må derfor forstås som konstruert *ratio decidendi* – forsøk på å konstruere en begrunnelse på bakgrunn av rettens antydninger.²⁰⁴

²⁰² Et lignende synspunkt framgår av *Procola v. Luxembourg* [J] (1995) no. 14570/89. Avgjørelsen er diskutert i kapittel 3.2.1.3.

²⁰³ Backer (2008) side 577.

²⁰⁴ Monsen (2012) side 153; Nygaard (2004) side 79.

4.4.2.3 Et innledende metodisk poeng om saker hvor dommeren identifiseres med en samboer/ektefelle

I flere avgjørelser hvor lovforarbeid har virka inhabiliserende, har ikke dommeren *selv* deltatt i lovforarbeidet, men er samboer eller gift med noen som har hatt en slik rolle.²⁰⁵ Jeg går nærmere inn på identifikasjon og identifikasjonens begrunnelse i punkt 4.4.2.5, men allerede her er det nødvendig å si noen ord om de metodiske implikasjonene av denne typen avgjørelser.

De metodiske utfordringene som oppstår når inhabiliteten skyldes lovforarbeidsaktivitet fra dommerens samboer/ektefelle, gjelder særlig hvilken betydning det skal ha at vurderingene av de inhabiliserende omstendighetene ikke gjelder dommeren selv. Ei nærliggende virkning kunne eksempelvis vært at terskelen for inhabilitet gjøres høyere i tilfeller hvor det ikke er dommeren selv som har stått for lovforarbeidet, ettersom det inhabiliserende da er ett ledd lengre unna enn det vil være i normaltillfellene. Ei anna virkning kunne vært at samboeren/ektefellens lovforarbeid skal vurderes utfra et eget sett med kriterier, slik at bare enkelte typer arbeid kan inhabilisere gjennom identifikasjon.

Høyesteretts praksis virker imidlertid å være at samboeren/ektefellens lovforarbeid vurderes etter samme mønster som man ville vurdert aktivitetene om de var dommerens egne, og at resultatet for samboeren/ektefellen legges til grunn som gjeldende også for dommeren. Dersom samboeren/ektefellen ville vært inhabil i saken, regnes altså også dommeren uten videre for å være inhabil.²⁰⁶ Ettersom det gjøres ei slik direkte sammenkobling synes det ikke være noen forskjell på vurderinger av inhabiliserende omstendigheter knytta til samboer/ektefelle og vurderinger av inhabiliserende omstendigheter knytta til dommeren selv. Dette taler for at identifikasjon ikke har noen metodiske implikasjoner, slik at vurderinger og resultater i identifikasjonstilfeller kan gis overføringsverdi til tilfeller uten identifikasjon.

4.4.2.4 Gjennomgang av praksis

Utgangspunktet er altså at dommere ikke er inhabile til å avgjøre rettsspørsmål som de har hatt befatning med i lovforarbeid, med mindre det foreligger «særlige forhold» som taler for det motsatte.²⁰⁷ Som nevnt, vil «særlige forhold» typisk være at saken reiser tvil om det aktuelle

²⁰⁵ Eksempelvis Rt. 2006 s. 1188 P, Rt. 2009 s. 1617 P og Rt. 2010 s. 1228 P.

²⁰⁶ Se rettens framgangsmåte i Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 8-13 og Rt. 2009 s. 1617 P avsnitt 5 og 7.

²⁰⁷ Rt. 2008 s. 1451 S avsnitt 18, sitert i blant annet Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 8 og HR-2020-2079-P avsnitt 22.

lovforslagets grunnlovs-/konvensjonsmessighet, og/eller at den aktuelle dommeren deltok som «premissleverandør» for lovproposisjonen.

I utgangspunktet kunne man forstått «premissleverandør» som at dommeren må ha en spilt en sentral rolle i lovforarbeidet, og at mer perifere roller ikke virker inhabiliserende. I Rt. 2007 s. 705 *Indreberg I* ble imidlertid dommer Indreberg inhabil til tross for at hennes befatning med lovforarbeidet hadde vært «kortvarig og ikke særlig omfattende».²⁰⁸ Hovedsaken gjaldt grunnlovsmessigheta av enkelte bestemmelser i tomtefesteloven. Før Indreberg tiltrådte som høyesterettsdommer i 2007, var hun ansatt i Justisdepartementets lovavdeling, med særlig tilknytning til avdelinga for offentlig rett. Endringene i tomtefesteloven ble forberedt i avdelinga for privatrett. Indreberg hadde ikke deltatt i forberedelsen, med noen unntak. For det første hadde hun, som fungerende ekspedisjonssjef, i 2001 ekspedert et notat utarbeida av en annen lovrådgiver om departementenes innspill til et høringsnotat.²⁰⁹ I den forbindelse hadde hun også deltatt på et møte om saken, og utarbeida et referat fra møtet. Så langt hun kunne huske, ble ikke grunnlovsspørsmålet diskutert på møtet. For det andre hadde hun gjennomgått og signert et revidert utkast av notatet, som lå til grunn for det endelige høringsnotatet som ble sendt ut fra justisdepartementet (da signert av noen andre). I notatet drøfta departementet blant annet endringsforslagets grunnlovsmessighet, og tok en del standpunkter i den sammenheng.

Avgjørelsen indikerer at det ikke skal spesielt omfattende deltakelse til før lovforarbeidet kan virke inhabiliserende. Når delaktigheta er såpass begrensa som i Indrebergs tilfelle, kan det være grunn til å stille spørsmål ved om begrunnelsen for at lovforarbeid kan inhabilisere, slår til. Jeg har tidligere hevda at manglende distanse kan skyldes enten rein faglig forutinntatthet eller behovet for å unngå omdømmetap. Indrebergs arbeid synes klart ikke å ha vært så omfattende at man med rimelighet kunne anta at hun hadde opparbeida noen spesielt høy grad av faglig forutinntatthet. I utgangspunktet kan man også hevde at det neppe kunne knytte seg noen særlig grad av prestisje til de standpunktene som framgikk av utkastet, ettersom Indreberg ikke selv hadde utarbeida det aktuelle utkastet og utkastet uansett ikke var i sin endelige versjon.

Samtidig må Indreberg, ved revideringa og signeringa, anses å ha gått god for innholdet i utkastet. Dersom man leser hennes rolle slik at hun hadde et overordna ansvar for de standpunktene som ble fremma i det endelige notatet, er det tenkelig at Indreberg ville kunne føle en viss grad av omdømmetap dersom de standpunktene som ble fremma, ikke fikk gehør i

²⁰⁸ Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 23.

²⁰⁹ Ibid. avsnitt 22.

Høyesterett. Selv om Indrebergs rolle *i omfang* var ubetydelig, kan det følgelig hevdes at rollen *i karakter* var slik at man – ut fra ei objektiv tilnærming – kunne frykte manglende distanse.

Rt. 2008 s. 1451 *Øie/Indreberg* følger opp vurderingene i *Indreberg I*.²¹⁰ Dommer Øie hadde 15 år tidligere hatt et overordna ansvar for utarbeidelsen av en proposisjon om endringer i ankereglene,²¹¹ og det var spørsmål om dette måtte medføre inhabilitet i en sak om den menneskerettslige gyldigheta av den nye ankesilingsordninga. Øie hadde ikke hatt ansvar for å vurdere ordningas forhold til menneskerettighetene, og det var blant annet innhenta ei ekstern vurdering av konvensjonsspørsmålet. Retten fant imidlertid at «hennes funksjon som den faglig ansvarlige for proposisjonsarbeidet», medførte at hun måtte vike sete. Dette er i tråd med *Indreberg I* – Øies rolle i utarbeidinga av de konkrete vurderingene er uvesentlig, når det overordna ansvaret aleine kan gi inntrykk av manglende distanse.

Både *Indreberg I* og *Øie/Indreberg* synes å følge ei noe forsiktig linje, som går forholdsvis langt i å holde dommerne ansvarlige for standpunkter de ikke selv har utarbeida, og som de har hatt begrensa befatning med.²¹² Denne forsiktige linja virker ikke å ha vært fulgt opp i Rt. 2009 s. 769 *Schei/Bårdsen*. Saken gjaldt spørsmål om Grunnloven eller menneskerettskonvensjoner oppstiller krav til begrunnelse av ankenektelse etter tvl. § 29-13 andre ledd. Både justitiarius Schei og dommer Bårdsen hadde (som henholdsvis leder og alminnelig medlem) sittet i Tvistemålsutvalget, som blant annet hadde foreslått en regel lik tvl. § 29-13. På bakgrunn av *Indreberg I*, ville det ikke vært urimelig å forvente at sakens grunnlovs- og menneskerettsaspekt, og Schei og Bårdsens sentrale rolle i lovforarbeidsprosessen, skulle medføre at dommerne måtte vike sete i saken.²¹³

Retten kom imidlertid til at verken Schei eller Bårdsen var inhabil. Særlig pekte førstvoterende på at spørsmålet om silingsadgang var «ett av en rekke spørsmål som ble tatt opp i Tvistemålsutvalgets omfattende utredning», og at spørsmålet om krav til begrunnelse ikke var framme.²¹⁴ Vurderinga virker å implisere at selv om dommeren har hatt en større rolle i lovforarbeidet, sakens spørsmål er omdiskutert,²¹⁵ og saken gjelder grunnlovs- og

²¹⁰ Jf. også henvisninga til *Indreberg I* i avsnitt 18.

²¹¹ Ot.prp. nr. 78 (1992-1993).

²¹² I samme retning Settem (2019), som mener *Indreberg I* og *Øie/Indreberg* fulgte ei «streng[] tilnærming[]» (side 114).

²¹³ Bårdsen hadde også vært engasjert i den politiske behandlinga av saken inget, og hadde, som representant for dommerforeninga, møtt i justiskomiteen for å argumentere for den silingsreglen og silingsordninga som lovforslaget fremma (Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 7).

²¹⁴ Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 15.

²¹⁵ Ibid. avsnitt 15.

konvensjonsforpliktelser, vil dommeren bare være inhabil til å dømme i spørsmål som ble vurdert under lovforarbeidet, mens hun vil være habil dersom spørsmålet ikke ble behandla.

Et skille mellom å problematisere et spørsmål og å unnlate å problematisere et spørsmål, kan være hensiktsmessig i og med at unnlåtelsen innebærer at dommeren ikke har inntatt et uttalt standpunkt til det aktuelle spørsmålet. Samtidig kan også unnlåtelsen aktualisere prestisjeargumentet, slik de ankende parter anførte i *Schei/Bårdsen*:

«[N]år forholdet til menneskerettskonvensjonene eller Grunnloven ikke er drøftet av Tvistemålsutvalget, kan dette bli oppfattet som en glipp fra deltakerne i utvalgsarbeidet, noe de kan ha en egeninteresse i å forsvare seg mot».²¹⁶

At man også kan ønske å forsvare det implisitte standpunktet om å *ikke* problematisere noe, virker like sannsynlig som at man kan ønske å forsvare mer eksplisitte standpunkter – både det implisitte og det eksplisitte er uttrykk for dommerens mer eller mindre velbegrunna vurderinger. Det er da vanskelig å forstå hvorfor vurderinga av forholdet sett utad førte til inhabilitet i 2007, og habilitet i 2009.

En tenkelig forskjell på *Indreberg I* og *Schei/Bårdsen*, som ikke ble tematisert i avgjørelsene, kan imidlertid være at lovforarbeida knytta seg til ulike stadier av lovgivningsprosessen. Ettersom Schei og Bårdsen arbeida med en NOU, og Indreberg med høringer til en proposisjon, hadde Schei og Bårdsen større avstand til selve lovvedtaket. Som nevnt, kan større nærhet til lovvedtaket være problematisk på to måter. For det første kan det gi sterkere behov for å beskytte de standpunktene man inntok, ettersom standpunkter inntatt seinere i lovgivningsprosessen har mer endelig virkning enn standpunkter inntatt tidligere. For det andre kan det, i et institusjonelt perspektiv, hevdes at proposisjonsarbeid innebærer ei sterkere tilknytning til den utøvende og den lovgivende makt.

Samtidig kan det, som diskutert tidligere, være grunn til å vurdere habilitetsspørsmålet ut fra hvordan folk flest oppfatter forholdet – også hvor denne oppfatninga bygger på en misforståelse. Som nevnt, virker det sannsynlig at de fleste uten juridisk utdanning har liten kunnskap om lovgivningsprosessens ulike stadier.²¹⁷ Dette kan tale for at forarbeidets stadium

²¹⁶ Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 9.

²¹⁷ Punkt 3.3.2.

i lovgivningsprosess ikke bør være avgjørende for habilitetsvurderingens utfall – men utelukker ikke at stadiet hadde betydning i *Schei/Bårdsen*.²¹⁸

I underkapittel 4.3 trakk jeg fram grad av tidsmessig nærhet mellom ytring og sak som et moment som har betydning for alle typetilfellene av ytringer – også for ytringer i form av forarbeider. I for eksempel *Øie/Indreberg* viste førstvoterende til at det som, i habiliterende retning, kunne «skape tvil» om Øies habilitet, var det var gått noe tid sia proposisjonen ble avgitt (rundt 15 år).²¹⁹ Momentet ble forsterka av at saken gjaldt menneskerettslige forpliktelser, «som kan være under stadig utvikling».²²⁰ Avgjørelsen, som altså likevel førte til at Øie måtte vike sete, illustrerer ulike aspekter ved tidsforløpet som moment: for det første at det i det hele tatt har betydning om det har gått kortere eller lengre tid sia lovforarbeidet, for det andre at dette særlig gjelder for felt hvor det er stor grad av utvikling, og for det tredje at selv et tidsforløp på femten år ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til at man kan se bort fra lovforarbeidet.

Et anna moment som går igjen, er i hvilken grad dommeren kan identifiseres med konkrete standpunkter som gjelder sentrale og uavklarte aspekter av de spørsmålene som skal behandles. I HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* ble det for eksempel, i inhabiliserende retning, tillagt stor vekt i vurderinga av Indrebergs habilitet at utvalget hun satt i hadde gitt uttrykk for et bestemt syn på «eit av dei sentrale spørsmåla i saka», og at dette standpunktet var «utsatt for kritikk». Tilsvarende ble det i *Indreberg I* tillagt vekt at notatet Indreberg hadde bidratt med «ikke bare [var] problematiserende, men til dels også argumenterende».²²¹ Og motsetningsvis ble det altså i *Schei/Bårdsen* tillagt vekt at dommerne *ikke* kunne identifiseres med noen konkrete standpunkter av betydning for saken.

Det er imidlertid ikke en helt entydig tendens at dommerne må kunne identifiseres med konkrete standpunkter. I Rt. 2009 s. 1617 *Gjølstad/Bruzelius*, om forbudet mot tilbakevirkning i Grl. § 97 og EMK P1-1, måtte dommere Gjølstad og Bruzelius vike som følge av deres partners arbeid i henholdsvis Finansdepartementet og Justisdepartementet. Avgjørelsen er svært knapt begrunna, og retten gjør ingen nærmere vurdering av hvilken type arbeid de to mennene hadde bedrevet. Særlig tydelig er dette i relasjon til Gjølstads ektefelle, som bare ble oppgitt å «hatt med den aktuelle skattelovgivninga å gjere».²²² At Schei og Bårdsen hadde «hatt med den

²¹⁸ At Indrebergs deltakelse i lovforarbeid skjedde på utvalgsnivå, ble imidlertid ikke tillagt noen vekt i HR-2020-2079-P, hvor arbeidet førte til inhabilitet.

²¹⁹ Rt. 2008 s. 1451 S avsnitt 20.

²²⁰ Ibid. avsnitt 20.

²²¹ Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 23.

²²² Rt. 2009 s. 1617 P avsnitt 5.

aktuelle» tvistelovgivninga å gjøre var ikke tilstrekkelig i deres tilfelle, og når det inhabiliserende arbeidet i Gjølstads tilfelle i tillegg var ett ledd lengre unna, er det særlig vanskelig å forstå hva som for Gjølstads vedkommende var utslagsgivende i retning inhabilitet.

I Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius* ble det dissens (13-3) om dommer Bruzelius' habilitet. Hovedsaken gjaldt spørsmål om anvendelsen av den nye straffelovens §§ 102 og 103 på handlinger begått under borgerkrigen i Jugoslavia, krenka forbudet mot tilbakevirkning i Grl. § 97. Bakgrunnen for habilitetsvurderinga var at Bruzelius' samboer, Inge Lorange Backer, var ekspedisjonssjef i lovavdelinga da forarbeidene til §§ 102 og 103 ble utarbeida. De gangene tilbakevirkningsspørsmålet hadde blitt reist overfor Backer, hadde han unnlatt å innta noe realitetsstandpunkt, og nøyd seg med å gi uttrykk for at «forholdet til § 97 reiste vanskelige og tvilsomme spørsmål».²²³ Det var derfor ikke åpenbart at verken Backer eller Bruzelius skulle identifiseres med noen klare standpunkter. Ingen av partene krevde at Bruzelius skulle fratre. Likevel kom rettens flertall, blant annet under henvisning til *Indreberg I* og *Gjølstad/Bruzelius*, til at omstendighetene var slik at de sett utenfra kunne reise tvil om hennes upartiskhet.

Mindretallets votum framstår som et forsøk på kursendring. Andrevoterende uttalte at det hadde vært ei utvikling i retning av at «det skal mindre til for å konstatere inhabilitet i medhold av domstolloven § 108 enn tidligere», og at det kunne

«være grunn til å stille spørsmål om Høyesterett har gått noe langt i denne retninga hva angår dommere som på ulik måte har vært involvert i et relevant lovforarbeid. Avgjørelsen i Rt-2007-705 peker seg ut i denne sammenheng».²²⁴

Én av årsakene til at andrevoterende stilte seg kritisk til utviklinga i praksis, var at den

«ikke er helt lett å forene med det som blir lagt til grunn når det gjelder en dommer som har uttalt seg i bøker eller artikler, eller som i en annen sammenheng har uttalt seg om rettsspørsmålet eller gjort seg opp en mening om dette».²²⁵

Synspunktet indikerer ei oppfatning om at praksis bør være lik for de ulike typene faglige ytringer, og at man ikke bør ha egne retningslinjer for lovforarbeid. Jeg diskuterer dette nærmere i kapittel 5.

²²³ Avsnitt 11. Spørsmålet var blitt reist på et høringsmøte og i et avklaringsnotat utarbeida av noen andre.

²²⁴ Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 16.

²²⁵ Ibid. avsnitt 19.

4.4.2.5 Nærmere om identifikasjonstilfellene

Som nevnt, er det flere avgjørelser som konstaterer inhabilitet som følge av at dommeren er samboer/gift med noen som har deltatt i lovforarbeid.²²⁶ Høyesteretts knapphet når det gjelder å begrunne inhabilitet, er særlig tydelig i relasjon til denne underkategorien. *Bruzelius* er illustrerende. Førstvoterende (flertallsstemmen) vurderte først hvorvidt Backer hadde hatt en sånn rolle i lovforarbeidet at *han* ville måtte anses inhabil,²²⁷ og på denne bakgrunn konkluderte førstvoterende følgende om Bruzelius' habilitet:

«På bakgrunn av rettspraksis finner jeg at en slik rolle under lovforberedelsen må føre til inhabilitet. Min konklusjon blir at dommer Bruzelius må fratres hensett til at hun er Backers samboer, sml. for eksempel Rt-2009-1617 avsnitt 5 og 7, samt at kravet til upartiskhet må vurderes etter en objektiv målestokk».²²⁸

Førstvoterende gir ingen nærmere forklaring på hvorfor Bruzelius må identifiseres med Backers arbeid. Avgjørelsen han henviser til, er like knapp i sin begrunnelse:

«Dommar Gjølstad er gift med ekspedisjonssjefen i skatte- og avgiftsavdelinga i Finansdepartementet. Det er opplyst at han har hatt med den aktuelle skattelovendringa å gjere. Dommar Gjølstad må etter dette vike sete ...»²²⁹

Det er følgelig ikke, på bakgrunn av eksisterende praksis, mulig å si noe definitivt om hvorfor dommere så fullstendig identifiseres med sin ektefelle/samboers lovforarbeid. Jeg vil likevel, som et konstruert *ratio decidendi*, peke på enkelte omstendigheter som kan tenkes å utgjøre ei forklaring.

Én innfallsvinkel kan være å analogisere fra at de absolutte inhabilitetsgrunnene i dl. § 106 langt på vei kommer til anvendelse også dersom inhabilitetsgrunnen gjelder dommerens ektefelle eller samboer. Samtidig gjelder dl. § 106 omstendigheter som er ganske ulike omstendigheta lovforarbeid: Dersom dommerens ektefelle er part i saken eller styrer i et selskap som er part i saken, vil utfallet av dommen normalt gjelde ektefellen langt mer direkte enn hvor ektefellen har bidratt til et lovforarbeid. I særlig grad må dette gjelde hvor, som i *Bruzelius*, partneren ikke kan knyttes til noe klart standpunkt til sakens spørsmål.

²²⁶ Eksempelvis Rt. 2006 s. 1188 P, Rt. 2009 s. 1617 P og Rt. 2010 s. 1228 P.

²²⁷ Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 8-12.

²²⁸ Ibid. avsnitt 13.

²²⁹ Rt. 2009 s. 1617 avsnitt 5.

En annen innfallsvinkel kan være å søke i noen av de argumentene som jeg ovenfor anførte for lovforarbeid *uten* identifikasjonselement. For eksempel er det tenkelig at identifikasjonen bygger på en variant av prestisjeargumentet, altså på en antakelse om at den dømmende samboeren/ektefellen vil kunne føle – eller iallfall oppfattes som at hun føler – et press for å forsvare sin samboers/ektefelles standpunkter. Identifikasjonen kan kanskje også forstås utfra risikoen for faglig forutinntatthet og manglende distanse, med grunnlag i ei forventning om at Bruzelius og Backer på hjemmebane vil ha diskutert spørsmål som har stått sentralt i lovforarbeidet eller som har reist særlig vanskelige problemstillinger.

Begge disse forklaringene reiser imidlertid potensialet for vanskelige grensdragninger: Dersom man først aksepterer en antakelse om at dommere vil føle behov for å forsvare sine partneres standpunkter, må resultatet for eksempel i utgangspunktet også bli at dommere viker sete i tilfeller hvor deres partnere har ytra seg i juridisk litteratur. Ei så vidtrekkende identifikasjonslinje ville gi uttrykk for svært lav tillit til dommernes evne til å fungere som intellektuelt og faglig selvstendige individer, uavhengig av eventuelle samboere og ektefeller. For å begrense den innvirkning dommernes partneres intellektuelle og yrkesmessige livsvalg har på dommernes arbeid, bør retten derfor søke å begrunne identifikasjon på en slik måte at den kan knyttes særlig opp mot lovforarbeid.

Et av dissenspunktene i *Bruzelius* knytta seg til nettopp spørsmål om i hvilken grad Bruzelius skulle identifiseres med samboerens lovforarbeid. Andrevoterende framheva at Bruzelius' tilknytning til det aktuelle spørsmålet var fjernere enn Backers, og uttalte at selv om dl. § 106 likestiller ektefelle eller samboer med den som har ei slik tilknytning som bestemmelsen gjelder, kunne det samme «ikke legges til grunn ved den mer skjønnsmessige vurderinga som skal gjøres etter domstolloven § 108».²³⁰ Synspunktet må ses som et forsøk på ei generell kursendring i praksis om identifikasjon og lovforarbeid. Ettersom synspunktet ikke nådde fram hos flertallet, har forsøket i utgangspunktet begrensa rettskildemessig betydning. Så langt jeg kan finne, har det imidlertid sia *Bruzelius* ikke vært avsagt noen avgjørelser som identifiserer en dommer med sin samboer/ektefelles lovforarbeid, og det vil derfor bli interessant å se hvordan seinere retter forholder seg til andrevoterendes uttalelser.

²³⁰ Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 22.

4.4.3 Faglige ytringer gjennom organisasjonsdeltakelse

4.4.3.1 Ytringas nærmere karakteristikker

Organisasjonsdeltakelse kan i seg selv ses som ei form for ytring, og derfor vil i prinsippet allerede medlemskapet kunne være relevant for habilitetsvurderinga. Organisasjonsdeltakelsen kan også innebære framsettelse av andre ytringer, for eksempel programerklæringer eller informasjonsskriv. Ettersom organisasjonen eksisterer og virker uavhengig av dommeren, er det ikke gitt at dommeren er enig i ett og alt som organisasjonen står for. Men sia organisasjonsmedlemskap er noe dommeren gjør på egne vegne, vil medlemskapet normalt framstå som ei mer personlig ytring enn for eksempel proposisjonsarbeid, og dommeren vil derfor lett – med grunnlag i ei objektiv tilnærming – identifiseres med organisasjonen og organisasjonens ytringer.²³¹

Med grunnlag i avgrensninga juss/faktum, skiller jeg mellom organisasjonsdeltakelse som primært er egna til å skape inntrykk av forutinntatthet om sakens *rettslige* sider, og organisasjonsdeltakelse som primært er egna til å skape inntrykk av forutinntatthet om sakens *faktiske* sider. Her er det svært glidende overganger. Eksempelvis er deltakelse i Naturvernforbundet (Rt. 2010 s. 321) i utgangspunktet bare egna til å si noe om dommerens *faktiske* syn på miljø og klima, men det er også tenkelig at dette faktiske synet påvirker hvordan dommeren ser på ulike miljø*rettslige* spørsmål. Tilsvarende er det tenkelig at deltakelse i et forum for utvikling av det miljørettslige feltet (HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer*) kan påvirke eller ha sammenheng med den faktiske oppfatninga om miljø og klima. På tross av disse glidende overgangene, har jeg valgt å fokusere på organisasjoner med et uttalt rettslig fokus.²³²

4.4.3.2 Utgangspunkt og begrunnelse for at organisasjonsdeltakelse kan virke inhabiliserende

I HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* uttalte retten, under henvisning til Rt. 2010 s. 321, at utgangspunktet er at en dommers «generelle samfunnssyn eller politiske oppfatning ikke i seg

²³¹ Rt. 2010 s. 321 A avsnitt 9, gjentatt i HR-2020-2079-P avsnitt 33: «Selv om et medlem ikke i ett og alt behøver å dele en organisasjons syn, vil medlemmet lett identifiseres med organisasjonen – noe som også kan være en av grunnene til at man tegner medlemskap». Se også HR-2020-2079-P avsnitt 42, hvor førstvoterende identifiserte Noer med de aktuelle ytringene under henvisning til at det «ikkje ligg føre opplysningar om eit avvikande syn». Det var heller ikke grunnlag for å legge vekt på om Noer «faktisk identifiserer seg med innhaldet i erklæringa [...] så lenge det kan oppfattast slik sett utanfrå».

²³² Rt. 2010 s. 321 A faller dermed utenfor typetilfellet. Saken gjaldt Cowards medlemskap i Naturvernforbundet, som arbeider aktivistisk og politisk for å bedre miljø- og klimavernet. Medlemskapet kan ikke anses å innebære noen form for tilslutning til bestemte rettslige verdier eller bestemte rettslige synspunkter, og kan derfor ikke anses som uttrykk for noen *juridisk-faglig* forutinntatthet.

selv medfører inhabilitet», heller ikke hvor «dommerens ståsted kommer til uttrykk gjennom organisasjonsmedlemskap», men at medlemskap likevel «etter omstendighetene» vil kunne virke inhabiliserende.²³³

Årsaken til at rettslig orienterte organisasjoner kan virke inhabiliserende, synes å være den samme som jeg har anført for andre typer faglige ytringer: Ytringa er egna til å gi inntrykk av at dommeren ikke vil greie å møte saken med åpent sinn. I *Indreberg/Noer* ble dette uttrykt som faren for at Noer ville bli «oppfatta som å mangle tilstrekkelig distanse» til de spørsmålene som skulle stå sentralt i hovedsaken.²³⁴ I samme avgjørelse uttalte retten at det vil kunne ha betydning om dommeren «har engasjert seg spesielt i organisasjonens virke», og om «utfallet i saken direkte angår kjerneområdet for organisasjons formål og virkefelt».²³⁵ Begge momentene kan utledes av synspunktet om risiko for manglende distanse: Både særlig engasjement og særlig innholdsmessig nærhet kan gi inntrykk av at det er en særlig risiko for at dommeren har ei bestemt overbevisning som hun vanskelig vil forlate.

4.4.3.3 Gjennomgang av praksis

Indreberg/Noer er den eneste habilitetsavgjørelsen jeg har funnet som vurderer medlemskap i en organisasjon med uttalt rettslig fokus. Habilitetsspørsmålene knytta seg til den kommende plenumsbehandlenga av det såkalte klimasøksmålet, hvor to miljøorganisasjoner, med grunnlag i Grunnloven § 112, reiste søksmål mot staten om gyldigheta av vedtak om utvinningstillatelser for petroleum. For Noers habilitet ble det avgjørende at hun satt i styringskomiteen til organisasjonen World Commission on Environmental Law (WCEL).

Organisasjonens formål er å

«advance[...] environmental law around the globe by providing specialized knowledge and assistance to strengthen the legal foundations of the conservation of nature and sustainable development through the conceptual advancement of environmental principles, norms and laws [...]».²³⁶

Ettersom klimasøksmålet gjaldt klarlegging av innholdet i norsk klima- og miljørett, hadde organisasjonen, med sitt uttalte engasjement for utvikling av det miljørettslige feltet, ei klar kobling til klimasøksmålet overordna rettslige tema. Noers medlemskap i organisasjonen var

²³³ HR-2020-2079-P avsnitt 33, med henvisning til Rt. 2010 s. 321 avsnitt 8.

²³⁴ Ibid. avsnitt 48.

²³⁵ Ibid. avsnitt 33, med henvisning til Rt. 2010 s. 321 A avsnitt 9.

²³⁶ Ibid. avsnitt 38.

imidlertid ikke alene tilstrekkelig for inhabilitet, all den tid dommeres «generelle samfunnsyn» ikke i seg selv virker inhabiliserende, heller ikke hvor samfunnssynet kommer til uttrykk i organisasjonsdeltakelse.²³⁷ Et synspunkt om at feltet for klimarett bør utvikles og styrkes, framstår klart som så bredt at det kan karakteriseres som et mer generelt samfunnssyn – om enn et rettslig samfunnssyn.²³⁸

I favør av inhabilitet, viste førstvoterende til to mer spesielle forhold ved Noers medlemskap. For det første, at WCEL tre år tidligere hadde bidratt til utarbeidelsen av «The IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law» (heretter «erklæringa»), som bygde på diskusjoner og konsensus under IUCNs World Environmental Law Congress. For det andre, at WCEL har ei undergruppe som arbeider med en «best practice guide» for dommere og domstolers møte med klimaspørsmål.

For erklæringas del var det sentrale et punkt om at styresmaktene, inkludert domstolene, ved tvil skal løse rettsspørsmål

«in a way most likely to favour the protection and conservation of the environment, with preference to be given to alternatives that are least harmful to the environment. Actions shall not be undertaken when their potential adverse impacts on the environment are disproportionate or excessive in relation to the benefits derived therefrom».²³⁹

I relasjon til «best practice»-guiden var det sentrale en prosjektbeskrivelse som framheva at

«[t]he fight against climate change will require the involvement of all three ‘pillars of power’ [...] In the face of the (current) general reluctance of the first two to take leadership roles in some countries, courts and judges can play decisive roles in holding governments and actors accountable for effectively addressing climate change».²⁴⁰

I analysen av disse uttalelsene framholdt førstvoterende at det ikke i seg selv virker inhabiliserende om en dommer «har slutta seg til fråsegner om politiske spørsmål, heller ikkje dersom spørsmåla er rettspolitiske». De siterte uttalelsene gikk imidlertid, etter hans syn, «klart lenger» enn å gi uttrykk for politiske eller rettspolitiske synspunkter:

²³⁷ Rt. 2010 s. 321 avsnitt 8.

²³⁸ Påstanden underbygges av at WCEL er én av seks kommisjoner i International Union for Conservation of Nature (IUCN), en upolitisk organisasjon hvor også Klima- og miljødepartementet er medlem.

²³⁹ HR-2020-2079-P avsnitt 41.

²⁴⁰ Ibid. avsnitt 43.

«Det som blir uttalt, gjeld langt på veg kva som bør vera resultatet i saker om miljø- og klimaspørsmål som kjem opp for domstolane. Etter mitt syn er dette noko anna – og meir – enn eit ynske om korleis rettsreglane bør vera. Eg ser det slik at sitata, nytte på den konkrete saka som skal opp i plenum, i det minste må lesast som eit ynske om at bestemte omsyn skal ha særleg vekt».²⁴¹

Med grunnlag i denne tolkninga fant førstvoterende at Noer var «knytt til eit prinsipp som domstolen sjølv ikkje har utvikla, om at dommerarar kan holde dei andre statsmaktene ansvarlege når desse er atterhaldne i klimaspørsmålet», og at hun derfor ville kunne oppfattes som å «mangle tilstrekkeleg distanse» i saker hvor klimaspørsmål står sentralt.

Det kan være grunn til å stille spørsmål ved enkelte sider av førstvoterendes tolkninger. For det første virker førstvoterende å ha gitt prosjektbeskrivelsen et mer vidtrekkende innhold enn det var grunn til. Prosjektbeskrivelsen ga uttrykk for at «[t]he fight against climate change *will* require the involvement of [...] the judicature» og at «courts and judges *can* play decisive roles in holding governments and actors accountable for effectively addressing climate change» (mine kursiveringer). Førstvoterende tolka dette som uttrykk for «korleis ein bør dømme i enkeltsaker».²⁴² At dommere *kan* spille en avgjørende rolle i kampen mot klimaendringer, kan imidlertid, etter mitt syn, ikke forstås som ei anvisning på hvordan dommere *skal* forholde seg til enkeltspørsmål – til det er klimaendringene og klimaendringenes løsninger alt for komplekse.²⁴³ Dersom man heller ser prosjektbeskrivelsen slik at den gir uttrykk for ei *mulighet*, virker imidlertid beskrivelsen å gi uttrykk for et så generelt synspunkt at det i utgangspunktet må falle under hovedregelen om at dommere har krav på å kunne gi uttrykk for et generelt samfunnssyn.²⁴⁴

Førstvoterende virker også å ha gjort ei noe unyansert tolkning av erklæringa. Iallfall andre setning av denne – om at «[a]ctions shall not be undertaken when their potential adverse impacts on the environment are disproportionate or excessive in relation to the benefits derived therefrom» – må kunne sies å gi uttrykk for et samfunnssyn som er så generelt at det må antas at de færreste vil være uenige, da det gir uttrykk for den proporsjonalitetsvurdering som gjennomsyrrer hele menneskerettssystemet: Hvis skadevirkningene av et inngrep overstiger eller står i misforhold til de fordelene inngrepet innebærer, bør man avstå fra å gjøre inngrepet.

²⁴¹ HR-2020-2079-P avsnitt 47.

²⁴² Ibid. avsnitt 45.

²⁴³ Jf. også mindretallets argumentasjon i avsnitt 60. I samme retning Settem (2021) side 492-493.

²⁴⁴ Jf. også mindretallet i avsnitt 60.

Synspunktet sier ingenting om hvordan en slik avveining skal gjøres, og er for eksempel ikke til hinder for at man vurderer at gevinstene ved oljeutvinning er så betydelige at de langt overstiger miljø- og klimakonsekvensene.

Første setning – om at dommere ved tvil skal løse rettsspørsmål «in a way most likely to favour the protection and conservation of the environment, with preference to be given to alternatives that are least harmful to the environment» – framstår som mer spesifikk, idet den gir uttrykk for at tvilsspørsmål skal løses i miljøets favør. Et slikt prinsipp oppstiller ingen kriterier hva gjelder forholdet mellom miljø på den ene sida og de motstående hensyn på den andre. Dette medfører at prinsippet i utgangspunktet tilsier at man i tvilstilfeller bør velge det alternativet som i størst grad ivaretar miljøet – selv når for eksempel de økonomiske konsekvensene langt overstiger den miljømessige gevinsten. Dette kan sies å gi uttrykk for et syn som er for spissa til å kunne kalles et helt generelt samfunnssyn.

Dersom man legger til grunn ei slik tolkning, er det fortsatt flere spørsmål som gjenstår før man med rimelighet kan fastslå inhabilitet: For det første om tilslutning til et slikt prinsipp vil kunne ha noen praktisk betydning ved rettsbehandling, for det andre om tilslutning til et slikt prinsipp er noe prinsipielt annet enn å i en artikkel eller ei bok gi si tilslutning til ei rettslig løsning, og for det tredje hvilken betydning det skal ha at prinsippet er et rettskildeprinsipp som kan ha betydning i svært mange saker.

Andrevoterende – som representant for mindretallet – fant at første setning i erklæringa:

«ikkje gjer anna enn å formulere eit mogeleg rettskjeldeprinsipp og/eller eit «føre var»-prinsipp. Om det skulle vera slik at ein dommar i éin samanheng har gitt sin tilslutnad til slike prinsipp, kan eg ikkje sjå at dommaren blir ugild til å dømme i ei sak der prinsippa kan tenkjast å få noko å seia. Prinsippa retter seg mot alle som gjer vedtak, og må naturleg sjåast i samanheng med dei reglane organet elles er bundne av».²⁴⁵

Uttalelsen kan tolkes slik at de praktiske konsekvensene av tilslutninga til et rettskildeprinsipp vil begrenses ved de reglene som ellers gjelder for rettsanvendelsen. At Noer anses å ha slutta seg til et prinsipp om at man i tvilstilfeller skal la tvilen komme miljøet til gode, medfører dermed ikke at hun *faktisk* vil kunne praktisere et slikt prinsipp, med mindre regelverket og de anerkjente rettskildeprinsippene åpner for det.

²⁴⁵ HR-2020-2079-P avsnitt 58.

Tilslutning til et slikt prinsipp er dermed ikke nødvendigvis egna til å si noe om hvordan dommeren vil dømme i enkeltsaker.²⁴⁶ Det kan imidlertid indikere at dommeren, i tilfeller hvor regelverk og rettskildeprinsipper åpner for det, vil dømme i miljøets favør, altså at hun vil utnytte det handlingsrom som regelverk og rettskildeprinsipper kan inneholde. I saker om faglitteratur har rettspraksis akseptert at dommeren har synspunkter på hvordan regelverket bør være, selv om synspunkta er egna til å gi inntrykk av at dommeren vil kunne komme til å løse relevante saker på grunnlag av disse.²⁴⁷ Dette kan tale for at det samme burde gjeldt i Noers tilfelle, særlig sia Noers engasjement ikke kunne knyttes til noen konkret sak.²⁴⁸

Samtidig kan det hevdes at det er en viss forskjell på artikler og erklæringer. Mens artikler ofte framstår som innlegg i en debatt eller en bredere fagsamtale, kan erklæringer framstå som ei mer formalisert og endelig tilslutning til bestemte standpunkter. Å avgi ei erklæring *kan*, i en del tilfeller, framstå som en form for offentlig løftegivning. Dette mer endelige preget kan tale for at erklæringer som dommeren kan identifiseres med,²⁴⁹ lettere bør virke inhabiliserende enn uttalelser i faglitteratur. Verken flertallet eller mindretallet virker imidlertid å ha gjort ei slik vurdering av betydninga av erklæringa, så vurderinga av Noers habilitet må i utgangspunktet forstås uavhengig av ei slik differensiering.

Når Noer ble inhabil på grunn av tilslutning til det som mest nærliggende må forstås som et rettskildeprinsipp, fordi prinsippet ble forstått som uttrykk for hvordan Noer vil dømme i enkeltsaker om miljø og klima, må konsekvensen være at Noer viker sete i *alle framtidige saker* hvor hensynet til klima og miljø reiser tvil. Dette er en svært vidtgående konsekvens, og det kan derfor være grunn til å vurdere avgjørelsens prejudikatsvirkninger.

Klimasøksmålet kan hevdes å ha vært en særlig betent sak. Ikke bare aktualiserte den for første gang spørsmål om rekkevidda av Grl. § 112, den reiste også helt grunnleggende spørsmål om «rollefordelinga mellom statsmaktene»,²⁵⁰ og krav som ville kunne ha enorm betydning for Norges største næring.²⁵¹ Det virker derfor ikke helt usannsynlig at retten ønska å være *særlig*

²⁴⁶ Jf. også andrevoterende i avsnitt 61.

²⁴⁷ Punkt 4.4.1.

²⁴⁸ Jf. andrevoterende i avsnitt 63 og praksis om faglitteratur (punkt 4.4.1).

²⁴⁹ Både flertallet og mindretallet drøfta om Noer kunne identifiseres med ytringene. I relasjon til erklæringa virker det å ha vært dissens (se andrevoterende i avsnitt 57), særlig med grunnlag i ulike tolkninger av et P.S. som ga uttrykk for at erklæringa ikke nødvendigvis reflekterte synet til enkeltmedlemmer av styringskomiteen (avsnitt 40). At flertallet likevel identifiserte Noer med organisasjonens ytringer, skyldes utgangspunktet om at medlemmet «lett identifiseres med organisasjonen» (avsnitt 33) og at det ikke forelå holdepunkter for at Noer holdt et «avvikande syn» (avsnitt 42).

²⁵⁰ Jf. HR-2020-2079-P avsnitt 45.

²⁵¹ Målt i verdiskaping, statlige inntekter, investeringer og eksportverdi (Ryggvik m.fl. (2020)).

trygg på at rettens sammensetning var betryggende. Dette kan tale for at Noer ikke uten videre bør bli inhabil i andre, mindre prinsipielle, saker om klima og miljø. Samtidig uttrykte verken flertallet eller mindretallet at sakens viktighet hadde betydning for habilitetsvurderinga. Det er derfor vanskelig å avgjøre hva som vil bli utfallet dersom Noer seinere skal behandle en sak som aktualiserer spørsmål om klima og miljø.

Det er også vanskelig å avgjøre hvilke virkninger avgjørelsen vil ha utover seinere vurderinger av Noers habilitet. I utgangspunktet virker avgjørelsen å indikere at det er tilstrekkelig for inhabilitet at dommeren kan identifiseres med ytringer om et generelt tema som står sentralt i saken, selv om ytringa ikke angår den konkrete saken eller mer konkrete rettslige spørsmål som vil stå sentralt i saken. Dersom organisasjonsdeltakelse kan sammenlignes med faglitteratur, innebærer dette ei betydelig innstramming i praksis.²⁵² Dersom man ikke kan gjøre ei slik sammenligning, innebærer avgjørelsen uansett oppstillinga av en svært lav terskel for å bli inhabil som følge av organisasjonsdeltakelse – med mindre retten i seinere saker innskrenker avgjørelsens prejudikatsverdi under henvisning til klimasøksmålets spesielle karakter.

²⁵² I samme retning Settem (2021) side 489 og Backer (2020) side 134.

5 Praksis i et konsistensperspektiv

5.1 Innledning

For å kunne gjøre ei helhetlig vurdering av praksis opp mot upartiskhet og tillit, vil jeg i det videre vurdere i hvilken grad praksis er konsistent. Det er tenkelig at det er faktiske omstendigheter i de konkrete sakene som det ikke er opplyst om, som gjør at utfallet i tilsynelatende like saker likevel blir ulikt. Men ettersom tillitsperspektivet går som en rød tråd gjennom oppgaven, og jeg uansett må basere vurderingene mine på den informasjonen som er tilgjengelig, vil det avgjørende være hvordan sakene *framstår*.

Ei anna begrensing ligger i sakstilfanget. Størrelsen på utvalget gjør at enkeltavvik kan få større innvirkning på det helhetlige inntrykket av praksis, ettersom avviket utgjør en større prosentandel av den totale mengden avgjørelser. Det begrensas sakstilfanget gjør også at det kan være vanskelig å identifisere hva som er avvik og hva som er generelle tendenser. På tross av dette mener jeg at ei vurdering av konsistens kan gi et *inntrykk* av helheta i praksis.

I den nærmere konsistensvurderinga vil jeg undersøke i hvilken grad faglige ytringer underlegges samme type rettslige bedømmelse. Ett element av dette er om ytringene behandles utfra like vurderingstemaer og begrunnelser. Et anna er om ytringene behandles etter samme «terskel».

Med «terskel» mener jeg om det skal like mye til – om den faglige forutinntattheta må være like kvalifisert – for å konstatere inhabilitet. Dette lar seg ikke enkelt måle: Dersom enkelttilfelle eller typetilfelle A når opp til terskelen for inhabilitet, og enkelttilfelle eller typetilfelle B ikke gjør det, er det vanskelig å avgjøre om forskjellsbehandlinga skyldes at terskelen var ulik, eller at *omstendighetene* var ulike. Eksempelvis er det vanskelig å vurdere om terskelen for inhabilitet er lavere for organisasjonsdeltakelse enn for fagbøker (sammenstill Noer i HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* med Rt. 2008 s. 602 *Matningsdal*), eller om terskelen er den samme, men slik at den faglige forutinntattheten i *Inderberg/Noer* var mer kvalifisert enn i *Matningsdal*. Ettersom terskelbegrepet har et svært vagt innhold, og vurderinga av mengden faglig forutinntatthet er svært skjønnsmessig, vil det ikke la seg gjøre å fastsette noen helt klar og presis grense – terskel – for habilitet. Den terskelen som jeg forsøker å identifisere, er derfor begrensa til om det skal like *mye* eller *lite* til for å bli inhabil. Formålet med ei slik omtrentlig vurdering er å gi et inntrykk av *kjerna* i praksis.

Jeg vurderer konsistens på tre ulike nivåer: konsistens innad i typetilfellet, konsistens på tvers av typetilfellene og konsistens mellom eksterne faglige ytringer og interne faglige ytringer. Vurderinga av konsistens innad i typetilfellet innebærer å vurdere om eksempelvis ulike tilfeller av lovforarbeid vurderes utfra de samme kriteriene og begrunnelsene, og å vurdere om terskelen for å bli inhabil virker å være den samme – altså om det skal konsistent like mye eller lite til for å bli inhabil.²⁵³ Vurderinga av konsistens på tvers av typetilfellene innebærer å vurdere om eksempelvis lovforarbeid vurderes utfra de samme kriteriene og begrunnelsene, og etter den samme terskelen, som juridisk litteratur. Vurderinga av konsistens mellom eksterne og interne faglige ytringer innebærer å vurdere det helhetlige inntrykket av praksis om eksterne faglige ytringer holdt opp mot helheta i praksis om interne faglige ytringer.

Vurderingene har både normative og deskriptive elementer. Vurderingene av om man kan forvente at praksis – innad og på tvers av typetilfellene – er konsistent, har et normativt preg. Vurderingene av om praksis *er* konsistent, har et mer deskriptivt preg.

Jeg vil i det videre først vurdere i hvilken grad man kan *forvente* konsistens i behandlinga av de ulike typetilfellene, og så vurdere i hvilken grad det faktisk *er* konsistens. I utgangspunktet ligger hovedfokuset på om det er konsistens på tvers av typetilfellene. Ei forutsetning for å kunne vurdere slik konsistens, er imidlertid at det eksisterer konsistens *innad* i typetilfellene. På bakgrunn av vurderingene av konsistens – eller mangel derav – innad og på tvers av typetilfellene, vil jeg så vurdere i hvilken grad (helheta i) praksis om eksterne faglige ytringer er konsistent med praksis om interne faglige ytringer.

5.2 I hvilken grad kan man forvente konsistens i praksis om eksterne faglige ytringer?

5.2.1 I hvilken grad er det indikasjoner på at det bør være konsistens?

Det synes være bred enighet i litteraturen om at rettssystemet bygger på et ideal om konsistens:²⁵⁴ Tilfeller som framstår like bør behandles likt, etter argumentasjonslinjer som ikke bærer preg av motstrid.²⁵⁵ Det virker klart at man kan forvente konsistens i behandlinga av faglige ytringer *innad* i typetilfellet. Selv om de konkrete omstendighetene selvsagt vil variere, er ulike tilfeller av eksempelvis lovforarbeid overordna sett så like at de bør kunne behandles

²⁵³ På grunn av det begrensa sakstilfanget, gir det ikke mening å vurdere indre konsistens for typetilfellet organisasjonsdeltakelse.

²⁵⁴ Holtermann og Rytter (2021) side 243: «Det er et almindelig antaget ideal, at der eksisterer harmoni og konsistens (kohærens) i rettsystemet». Se og Sandgren (2004) side 323 og Mæhle (2015) side 137.

²⁵⁵ Frøseth (2013) side 142-143.

etter samme rettslige framgangsmåte og terskel. Dette underbygges av rettspraksis, hvor retten i behandlinga av enkelttilfellet ser hen til tidligere praksis innafor samme typetilfelle.²⁵⁶

Spørsmålet om konsistens er mindre klart når det gjelder forholdet *mellom* typetilfellene. Én indikasjon på at det eksisterer ei forventning om konsistens også på tvers av typetilfellene, framgår av mindretallsvotumet i Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius*, hvor andrevoterende uttalte at praksis om inhabilitet som følge av lovforarbeid ikke er

«helt lett å forene med det som blir lagt til grunn når det gjelder en dommer som har uttalt seg i bøker eller artikler, eller som i en annen sammenheng har uttalt seg om rettsspørsmålet eller har gjort seg opp en mening om dette».²⁵⁷

Det siterte virker klart å implisere et synspunkt om at det bør være konsistens mellom typetilfellene, iallfall mellom faglitteratur og lovforarbeid. Jeg har imidlertid ikke funnet andre eksempler hvor retten eller enkeltdommere gir uttrykk for at praksis om faglige ytringer bør være konsekvent. Rettspraksis gir dermed ikke i seg selv tilstrekkelige holdepunkter for å forvente konsistens på tvers av typetilfellene.

Vurderinga av om man kan forvente konsistens på tvers av typetilfellene, kan imidlertid finne veiledning i det tidligere skisserte innholdet i idealet om konsistens: Dersom man søker konsistens fordi man ønsker å sikre likebehandling og unngå motstrid, bør man kunne forvente konsistens på tvers av typetilfellene dersom typetilfellene er så like at de ikke kan behandles ulikt uten at det oppstår motstrid. Spørsmålet om hvorvidt man kan forvente konsistens – om man kan forvente at typetilfellene undergis samme rettslige behandling og samme terskel – beror dermed på om typetilfellene er så like at de bør behandles likt. Jeg vil vurdere likhet med grunnlag i typetilfellenes faktiske karakteristikker og med grunnlag i hvilke hensyn de ulike typetilfellene aktualiserer.

Selv om typetilfellene viser seg å være så like at man kan forvente konsistens, er det likevel neppe realistisk å forvente *total* konsistens. Vurderingstemaet i § 108 er utprega skjønnsmessig, og enkeltavgjørelsene avgjøres av ulike dommere – med den innvirkning det vil ha på både vurderinga av faktum og vurderinga av de rettslige kriteriene.²⁵⁸ Slik sett bør ei eventuell

²⁵⁶ For eksempel Rt. 2008 s. 602 A avsnitt 12 og Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 14.

²⁵⁷ Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 19.

²⁵⁸ I samme retning Backer (2020) side 135: «Det kan være vanskelig å oppnå en helt konsekvent praksis når det gjelder å anvende en så skjønnsmessig standard som dl. § 108 jf. EMK art. 6 nr. 1 i et dommerkollegium med delte meninger».

forventning om konsistens trolig begrense seg til at det ikke skal foreligge *større avvik* i behandlinga av enkelttilfellene.

5.2.2 I hvilken grad er typetilfellene så like at det lar seg gjøre å søke etter konsistens?

Typetilfellene har enkelte klare likhetstrekk som kan tale for at det bør være konsistens: Alle gjelder ytringer om juss, framsatt utenfor domstolene, uten direkte sammenheng med enkeltsaker. Videre virker den overordna begrunnelsen for inhabilitet, for alle typetilfellene, å være risikoen for at dommeren skal bli oppfatta som å «mangle tilstrekkelig distanse» til de rettslige spørsmålene som skal behandles.²⁵⁹

Det er imidlertid, som diskutert fortløpende, også noen forskjeller. Eksempelvis kan det hevdes at lovforarbeid ikke gjenspeiler personlige meninger på samme måte som artikler gjør, ettersom man i lovforarbeid i større grad etterstreber enighet og ofte opererer innafor et gitt mandat. Man *kan* dermed se det slik at det er så ulik grad av personlig engasjement og nøkternhet mellom disse to typetilfellene, at det ikke gir god mening å sammenligne tilfellene. Samtidig er det ingen garanti for at de ytrende faktisk forholder seg til sine ytringer i henhold til disse forventningene: Også lovforarbeid kan innebære sterkt personlig engasjement og klare og forbeholdsløse standpunkter, og også artikler kan være utarbeida med grunnlag i lavt nivå av personlig engasjement og høy grad av nøkternhet. Dette kan tale for at typetilfellene på *typetilfellenivå* ikke er så ulike at de ikke er egna for sammenligning.

Et annet perspektiv på forskjellen mellom artikler og lovforarbeid, knytter seg til hvilken *funksjon* den aktuelle ytringa er ment å ha. Man kan se det slik at standpunkter som inntas i juridisk litteratur ikke kan regnes som endelige, fordi hver publikasjon fungerer som innlegg i en større samtale; en artikkel munner eksempelvis ut i en serie replikkutvekslinger, som gradvis avdekker svakheter og styrker ved den opprinnelige ytringa – og over tid oppnås en bredere forståelse for det spørsmålet som drøftes. Til sammenligning kan man se det slik at det knytter seg langt større grad av endelighet til lovforarbeid, ettersom hvert lovforarbeid blir stående som selvstendige, tungtveiende og statiske rettskilder. Utfra et slikt perspektiv kan det hevdes at det er så grunnleggende forskjeller i funksjoner at typetilfellene ikke lar seg sammenligne.

Samtidig kan det også for et funksjonsperspektiv hevdes at det vil kunne være forskjeller på individuelt plan. Selv om lovforarbeidet i sin natur kanskje kan anses som ei mer endelig ytring enn en artikkel, virker det sannsynlig at mange artikkelforfattere vil mene at de har funnet den

²⁵⁹ Sitat HR-2020-2079-P. Se ellers underkapittel 4.4.

riktigste løsninga på det spørsmålet de behandler, og at de vil holde seg til den løsninga inntil rettskildebildet har endra seg. Eksempelvis framstår Skoghøy i *Skoghøy I* langt sikrere og urokkelig enn Backer gjorde i relasjon til forarbeidet som inhabiliserte Bruzelius i *Bruzelius*.²⁶⁰

Ei anna mulig argumentasjonslinje i relasjon til lovforarbeid, knytter seg til lovforarbeiders spesielle institusjonelle tilknytning.²⁶¹ Verken faglitteratur eller organisasjonsarbeid innebærer noen form for tilknytning til de øvrige statsmakter, så dersom man ser det slik at lovforarbeids institusjonelle tilknytning er det helt avgjørende særtrekket for lovforarbeid, virker det lite naturlig å sammenligne lovforarbeid med andre faglige ytringer.

Samtidig er, som nevnt, det klare utgangspunktet at lovforarbeid ikke er inhabiliserende, hvilket kan tale for at den institusjonelle tilknytninga i seg selv ikke oppfattes som så framtreddende av Høyesterett. Til dette kommer også at mindretallsvotumet i *Bruzelius*, som impliserte ei forventning om at typetilfeller skal behandles likt, knytta seg til nettopp lovforarbeid. Samla sett synes det derfor ikke være holdepunkter for å gi det institusjonelle aspektet ved lovforarbeid slik vekt at det skulle medføre at lovforarbeid ikke kan behandles på en måte som gir indre sammenheng med praksis om andre faglige ytringer.

De foregående avsnittene indikerer, etter mitt syn, at det ikke er så klare ulikheter mellom typetilfellene at det kan være grunnlag for å behandle typetilfellene markert ulikt. Det virker å være stort potensiale for variasjon *innad* det enkelte typetilfellet, slik at enkelttilfeller fra ulike typetilfeller i prinsippet kan ha like store likhetstrekk som enkelttilfeller innad i samme typetilfelle. Det avgjørende for behandlinga av enkelttilfellene bør dermed være omstendighetene i saken, og ikke typen typetilfelle. På bakgrunn av dette synes det være tilstrekkelig grad av likhet mellom typetilfellene som typer ytringer, til at man kan ha ei forventning om (noenlunde) konsistens på tvers av typetilfellene. Typetilfellene bør dermed undergis lik rettslig behandling og lik terskel, slik at inhabilisering forutsetter lik grad av (potensiell) faglig forutinntatthet.

5.3 I hvilken grad er det mulig å identifisere konsistens i praksis om eksterne faglige ytringer?

Gjennomgangen av praksis viser at flere momenter går igjen i vurderingene av de ulike typetilfellene: grad av innholdsmessig nærhet mellom ytring og sakens kjernesporsmål, grad av tidsmessig nærhet, samt i hvilken grad dommerens ytring gir uttrykk for et klart og

²⁶⁰ Se side 44 og 58.

²⁶¹ Nærmere under punkt 4.4.2.

forbeholdsløst standpunkt. Dette indikerer at det er høy grad av konsistens på tvers av typetilfellene hva gjelder rettslig *framgangsmåte*.

Anvendelsen av like momenter sier imidlertid ingenting om hvorvidt typetilfellene vurderes etter en lik *terskel*. Terskellikheta må i stedet vurderes med grunnlag i en nærmere analyse av enkeltavgjørelser.

I både Rt. 2008 s. 602 *Matningsdal* og Rt. 2009 s. 769 *Schei/Bårdsen* hadde dommerne arbeida lenge og mye med de rettslige temaene som skulle behandles – men likevel slik at det i begge tilfeller kunne anføres at dommerne ikke hadde gått i dybden på *kjerna* av sakens sentrale spørsmål. I begge sakene kunne man imidlertid også se det sånn at dommerne hadde en posisjon å forsvare – hvilket blant annet kommer til uttrykk ved at én av partene i begge sakene hadde krevd at den/de ytrende skulle vike sete.²⁶² I utgangspunktet kan disse avgjørelsen dermed etterlate inntrykk av at det – for begge typetilfellene – skal forholdsvis mye til før faglige ytringer er av en slik karakter at risikoen for faglig forutinntatthet når terskelen for inhabilitet, og at ytringene utvetydig må gjelde det konkrete rettslige spørsmålet som skal behandles.

I Rt. 2003 s. 1094 *Skoghøy I* gjaldt de aktuelle ytringene helt utvetydig det konkrete rettslige spørsmålet som skulle behandles. Retten fravek der utgangspunktet om at dommeren skal kunne innta et «klart og forbeholdsløst standpunkt», under henvisning til at Skoghøys ytringer «var helt sentrale for løsningen av sakene som nå skal behandles».²⁶³ Dette er i utgangspunktet i tråd med slutningene fra *Matningsdal* og *Schei/Bårdsen*. Samtidig kan det, som drøfta under punkt 4.4.1.3, hevdes at *Matningsdal* i like stor grad som *Skoghøy* hadde inntatt et tydelig standpunkt som sto sentralt for løsninga av saken som skulle behandles. Det er dermed ikke helt klart om *Matningsdal* og *Skoghøy* ble vurdert etter samme terskel.²⁶⁴

Rt. 2007 s. 705 *Indreberg I*, Rt. 2009 s. 1617 *Gjølstad/Bruzelius* og Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius* synes imidlertid klart ikke å ha vært vurdert etter den forholdsvis høye terskelen i *Matningsdal* og *Schei/Bårdsen*: *Indreberg* ble inhabil etter «kortvarig og ikke særlig omfattende» befatning med det aktuelle lovforarbeidet,²⁶⁵ *Gjølstad* ble inhabil etter at hennes ektefelle hadde «hatt med den aktuelle skattelovendringa å gjere»,²⁶⁶ mens *Bruzelius* ble inhabil som følge av sin samboers lovforarbeid, som ikke hadde innebåret at samboeren inntok noe realitetsstandpunkt.

²⁶² Jf. forsvarers argumentasjon i Rt. 2008 s. 602 A, og ankemotpartene i Rt. 2009 s. 769 S avsnitt 5.

²⁶³ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9.

²⁶⁴ Også *Skoghøy* (2017) gir uttrykk for at avgjørelsene er «umiddelbart vanskelig forenbare» (side 183).

²⁶⁵ Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 23.

²⁶⁶ Rt. 2009 s. 1617 avsnitt 5.

Det er vanskelig å se at Indreberg, Gjølstad og Bruzelius' situasjoner skulle innebære noen særlig større grad av faglig forutinntatthet enn Matningsdal, Schei og Bårdsens. Dette taler for at Indreberg, Gjølstad og Bruzelius ble vurdert etter en lavere terskel.

HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* er interessant, idet Noer ikke hadde gitt uttrykk for et bestemt standpunkt til et spesifikt rettslig spørsmål, men hadde ytra seg på en måte som kunne gi inntrykk av standpunkter i relasjon til en hel rettslig *sektor*, overfor alle saker som aktualiserer miljørettslige hensyn. At ytringene ikke hadde direkte tilknytning til et konkret rettslig spørsmål, medførte at det ikke var mulig å si noe sikkert om Noers posisjon i relasjon til det spørsmålet som skulle behandles. Dette skiller seg fra for eksempel *Skoghøy I*, hvor Skoghøy hadde uttrykt et bestemt syn på et svært spesifikt tolkningsspørsmål som skulle stå sentralt i de kommende sakene. Hvor en dommer gir uttrykk for et bestemt syn i relasjon til et konkret spørsmål, virker det rimelig å forvente at dommeren vil kunne være tilbøyelig til å dømme i samsvar med det. Hvor en dommer har gitt uttrykk for et generelt syn i relasjon til et mer generelt problemkompleks, er det imidlertid langt større usikkerhet knytta til hvordan dommeren kan forventes å dømme i relasjon til konkrete spørsmål som ligger innafor dette generelle problemkomplekset.

Forskjellen på uttalelser om det konkrete versus det generelle, taler for at Noers habilitet ble vurdert etter strengere kriterier enn de som ble oppstilt i *Skoghøy I*, og iallfall utfra en lavere terskel enn i *Matningsdal*. Samtidig kan det hevdes at *Indreberg/Noer* i større grad er i samsvar med *Indreberg I*, *Gjølstad/Bruzelius* og *Bruzelius*, hvor det, som nevnt, var tilstrekkelig med ei forholdsvis avgrensa eller avleda befatning med sakens sentrale rettslige spørsmål. Det etterlatte inntrykket av *Indreberg/Noer* er likevel, som drøfta under punkt 4.4.3, at retten opererte med en *særlig* lav terskel.²⁶⁷

Dersom man ser det slik at *Matningsdal* og *Schei/Bårdsen* ble vurdert etter forholdsvis høye terskler, mens *Indreberg I*, *Gjølstad/Bruzelius*, *Bruzelius*, og *Indreberg/Noer* ble vurdert etter forholdsvis lave terskler (eller, for Noers del, svært lav terskel), er det klart at det er en del inkonsistenser i behandlinga av faglige ytringer – både innad og på tvers av typetilfellene. Ettersom Høyesterett i svært liten grad kommenterer forholdet mellom ulike habilitetsavgjørelser, er det vanskelig å vurdere om det er en saklig grunn, eller rene tilfeldigheter, som ligger til grunn for en slik variasjon. I det følgende vil jeg likevel trekke fram tre ulike omstendigheter som i utgangspunktet kan framstå som nærliggende forklaringer.

²⁶⁷ I samme retning Settem (2021) og Backer (2020) side 134.

5.4 Forhold som kan forklare tilsynelatende inkonsistens

5.4.1 Sakstype

Høyesterett har uttalt at både rettsområde²⁶⁸ og spørsmål om grunnlovs-/konvensjonsmessighet kan påvirke habilitetsvurderinga.²⁶⁹ Dette kan indikere at eksistensen av slike omstendigheter kan forklare hvorfor ellers like saker har hatt ulikt utfall. Tabell 1 viser en oversikt over hvilket rettsområde de ulike habilitetsavgjørelsene knytta seg til, samt om hovedsaken aktualiserte spørsmål om grunnlovs- eller menneskerettsstrid. Hypotesen er at saker på rettsområder med strengere krav til rettergangen (strafferett og straffeprosess) og saker om grunnlovs- eller menneskerettsstrid i større grad vil føre til inhabilitet.

I utgangspunktet kunne det også vært interessant å vurdere i hvilken grad sakens *viktighet* har betydning når man fastsetter terskelen for inhabilitet. Samtidig er sakens viktighet et svært vagt – og svært subjektivt – kriterium. Den enkelte part vil eksempelvis sannsynligvis oppfatte sin sak som veldig viktig, selv om en utenforstående ikke gjør det. Tilsvarende vil en sak som for én sektor har helt avgjørende betydning, kunne framstå som helt bagatellmessig for andre sektorer. Sakstypene lar seg heller ikke enkelt rangere i en form for «viktighetshierarki»: Skal én persons personlige lidelse veie tyngre eller lettere enn et selskaps økonomiske framtid? På denne bakgrunn lar det seg ikke gjøre å skjematisk vurdere om sakens «viktighet» har hatt betydning for fastsetting av terskel i den enkelte sak.

| Saksnummer | Dommer | Typetilfelle | Rettsområde | Spørsmål om grunnlovs-/menneskerettsstrid? | Resultat |
|------------------|-------------|---------------|----------------|--|----------------|
| Rt. 2003 s. 1094 | Skoghøy | Faglitteratur | Strafferett | Ja | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2007 s. 705 | Indreberg | Lovforarbeid | Tomtefeste | Ja | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2008 s. 602 | Matningsdal | Faglitteratur | Strafferett | Ja | Habil |
| Rt. 2008 s. 1451 | Øie | Lovforarbeid | Straffeprosess | Ja | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2008 s. 1451 | Indreberg | Lovforarbeid | Straffeprosess | Ja | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2009 s. 769 | Schei | Lovforarbeid | Sivilprosess | Ja | Habil |
| Rt. 2009 s. 769 | Bårdsen | Lovforarbeid | Sivilprosess | Ja | Habil |
| Rt. 2009 s. 1617 | Gjølstad | Lovforarbeid | Skatterett | Ja | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2009 s. 1617 | Bruzelius | Lovforarbeid | Skatterett | Ja | <i>Inhabil</i> |

²⁶⁸ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1588 A avsnitt 10, «[i] rettspraksis er det lagt vekt på om saken som skal behandles, er spesielt alvorlig» og Rt. 2006 s. 1345 A avsnitt 10, «[j]eg peker ellers på at vår sak er en alvorlig straffesak, der kravet til tillit fra både allmennheten og den tiltalte må settes høyt».

²⁶⁹ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 1451 S avsnitt 18.

| | | | | | |
|------------------|-----------|-------------------------|-----------------------------|----|----------------|
| Rt. 2010 s. 1228 | Bruzelius | Lovforarbeid | Strafferett | Ja | <i>Inhabil</i> |
| HR-2020-2079-P | Indreberg | Lovforarbeid | Miljørett og petroleumsrett | Ja | <i>Inhabil</i> |
| HR-2020-2079-P | Noer | Organisasjonsdeltakelse | Miljørett og petroleumsrett | Ja | <i>Inhabil</i> |

Tabell. 1. Fargekodene knytter seg til rettsområde. Sakene merket lyserød gjelder strafferett eller straffeprosess, sakene merket gul gjelder andre rettsområder.

Tabellen viser at samtlige saker aktualiserte spørsmål om grunnlovs- eller menneskerettsstrid. Dette kan indikere at man har en noe lavere terskel for å i det hele tatt *ta opp* habilitet og faglige ytringer i slike saker. Men ettersom grunnlovs- og menneskerettsstrid var aktuell for alle sakene, kan eksistensen av slike spørsmål ikke bidra til å forklare variasjonen i *utfall*.

Videre viser tabellen at hypotesen om at det vil være særlig lav terskel for habilitet i saker på strafferettsområdet, bare delvis slår til. Jeg har tidligere trukket fram Rt. 2007 s. 705 *Indreberg I*, Rt. 2009 s. 1617 *Gjølstad/Bruzelius*, Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius* og HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* som saker som tilsynelatende har fulgt ei forsiktighetslinje med noe lav terskel for inhabilitet. Både *Indreberg I* og *Indreberg/Noer* var utenfor strafferettens område, og hypotesen om at lav terskel har sammenheng med rettsområde, slår dermed ikke til for deres del. At saken var på strafferettens område kan imidlertid ha hatt betydning for utfallet i både *Gjølstad/Bruzelius* og *Bruzelius*. Et interessant moment i relasjon til *Bruzelius* er at tiltalte mente at Bruzelius var habil, så selv om inhabiliseringa i denne saken kan ha hatt sammenheng med rettsområde, ble den altså ikke gjort av hensyn til tiltaltes syn.

I saker med tilsynelatende høy terskel, som Rt. 2008 s. 602 *Matningsdal* og Rt. 2009 s. 769 *Schei/Bårdsen*, skulle hypotesen om sammenheng mellom rettsområde og terskel, tilsi at sakene var utenfor strafferettens område. Tabell 1 viser imidlertid at det bare var tilfelle for *Schei/Bårdsen*. Det synes ikke å ha hatt betydning for utfallet av Matningsdals habilitet at hovedsaken var på strafferettens område.

Det er etter dette ikke mulig å utlede noen helt klar tendens i Høyesteretts vurderinger av saksområde og sakstype. Praksis viser imidlertid at sakstype *kan* ha betydning for om habilitetsspørsmål i det hele tatt blir aktualisert. I tillegg kan sakstype kanskje, til en viss grad, forklare noe av variasjonen i praksis – men likevel slik at det meste av variasjonen fortsatt står uforklart.

5.4.2 Partenes syn

Det følger av dl. § 108 andre setning at det skal tillegges særlig vekt om en part krever at dommeren skal vike sete. Også praksis fra EMD indikerer at partenes syn skal ha betydning, jf. blant *Micallef v. Kroatia*.²⁷⁰ Dette taler for at partenes syn på dommerens habilitet kan være en viktig årsak til at ellers like saker får ulikt utfall.

| Saksnummer | Dommer | Typetilfelle | Rettsområde | Innsigelse reist av part? | Resultat |
|------------------|-------------|-------------------------|-----------------------------|---|----------------|
| Rt. 2003 s. 1094 | Skoghøy | Faglitteratur | Strafferett | Ja (påtalemyndigheta) | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2007 s. 705 | Indreberg | Lovforarbeid | Tomtefeste | Ja («en eller flere av prosessfullmektigene» ²⁷¹) | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2008 s. 602 | Matningsdal | Faglitteratur | Strafferett | Ja (den private part) | Habil |
| Rt. 2008 s. 1451 | Øie | Lovforarbeid | Straffeprosess | Ja (den private part) | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2008 s. 1451 | Indreberg | Lovforarbeid | Straffeprosess | Ja (den private part) | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2009 s. 769 | Schei | Lovforarbeid | Sivilprosess | Ja | Habil |
| Rt. 2009 s. 769 | Bårdsen | Lovforarbeid | Sivilprosess | Ja | Habil |
| Rt. 2009 s. 1617 | Gjølstad | Lovforarbeid | Skatterett | Gjølstad mente selv at hun var inhabil, og ingen av partene hadde merknader til det. | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2009 s. 1617 | Bruzelius | Lovforarbeid | Skatterett | Bruzelius mente selv at hun var inhabil, og ingen av partene hadde merknader til det. | <i>Inhabil</i> |
| Rt. 2010 s. 1228 | Bruzelius | Lovforarbeid | Strafferett | Nei (både den private part og påtalemyndigheta mente at Bruzelius var habil. Bruzelius selv delte dette synet.) | <i>Inhabil</i> |
| HR-2020-2079-P | Indreberg | Lovforarbeid | Miljørett og petroleumsrett | Ja (staten v/Olje- og Energidepartementet) | <i>Inhabil</i> |
| HR-2020-2079-P | Noer | Organisasjonsdeltakelse | Miljørett og petroleumsrett | Den private part mente Noer var habil, mens staten v/Olje- og energidepartementet mente at man sto ovenfor «et tvilstilfelle». ²⁷² | <i>Inhabil</i> |

Tabell 2. Fargekodene knytter seg til hvem som reiste habilitetsinnsigelsen. Gul: Innsigelsen ble reist av en part. Grønn: Dommeren ba selv domstolen om å ta stilling til habilitetsspørsmålet. Grå: Partene har ikke gitt uttrykk for noe bestemt syn.

²⁷⁰ *Micallef v. Kroatia* [GC] 2009, nr. 71615/01 avsnitt 96: «[T]he standpoint of the person concerned is important but not decisive».

²⁷¹ Rt. 2007 s. 705 P avsnitt 11.

²⁷² HR-2020-2079-P avsnitt 12.

Tabellen indikerer at det ikke er noen helt klar tendens hva gjelder betydninga av at én eller flere parter har krevd at dommeren skal vike sete.

Enkelte avgjørelser indikerer at en parts habilitetsinnsigelse i tvilstilfeller kan bli tillagt avgjørende vekt. Eksempelvis uttalte førstvoterende i *Øie/Indreberg* at når han «under tvil» konkluderte med at Øie måtte vike sete, hadde han «lagt vekt på at dette uttrykkelig er krevd av de ankende parter».²⁷³ Også den tilsynelatende lave terskelen i *Gjølstad/Bruzelius* kan kanskje forklares utfra partenes syn (selv om terskelen nok også kan skyldes at dommerne selv mente de var inhabile, se nedenfor).

Samtidig var også *Indreberg/Noer* et tvilstilfelle for Noers del, jf. både dissensen og førstvoterendes uttalelse om at han konkluderte «under noko tvil», uten at det der ble tillagt vekt at ingen av partene hadde krevd at Noer skulle vike sete. Til sammenligning opererte retten i både *Matningsdal* og *Schei/Bårdsen* med en høy terskel, selv om en part i begge tilfeller hadde reist innsigelse.

I *Bruzelius* var det ingen av partene som krevde at Bruzelius skulle vike sete, og tiltaltes forsvarer uttalte til og med at

«I plenumssaker må det legges stor vekt på at lovens ordning er at samtlige dommere skal delta så langt det er mulig. Et ledende synspunkt må være at dommerens standpunkter til rettslige spørsmål, f.eks. i juridisk litteratur, ikke bør føre til inhabilitet, og det er da enda mindre grunn til at det skal gjelde der det er ens samboers synspunkter».²⁷⁴

Partenes syn ble ikke tillagt vekt av flertallet (men noen vekt av mindretallet). *Bruzelius* var som nevnt en dissenssak, og må derfor forstås som et tvilstilfelle, slik at man i utgangspunktet kunne venta at partenes syn ble vektlagt. I tillegg kan det, som jeg kommer tilbake til i underkapittel 6.3, hevdes at det ville vært særlig nærliggende å vektlegge tiltaltes syn, sia straff regnes som statens mest inngripende virkemiddel, og det derfor er avgjørende at rettens sammensetning er betryggende i saker som aktualiserer straff. Når flertallet da unnlot å tillegge partenes syn vekt, under henvisning til «hensynet til at partene og allmennheten skal kunne ha tillit til at den enkelte dommeren har inntatt sitt standpunkt på et fritt og uavhengig grunnlag»,²⁷⁵

²⁷³ Rt. 2008 s. 1451 S avsnitt 20.

²⁷⁴ Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 4.

²⁷⁵ Ibid. avsnitt 14.

er det vanskelig å avgjøre hvorfor partenes syn i enkelte andre saker har blitt tillagt utslagsgivende vekt.

5.4.3 Dommerens eget syn

Som det framgår av tabell 2, hadde både Gjølstad og Bruzelius i *Gjølstad/Bruzelius* gitt uttrykk for at de anså seg selv for å være inhabile. Dette kan være en viktig årsak til at det ikke ble gjort noen inngående vurdering av deres habilitet. Retten uttalte ikke selv at dommernes egne syn hadde blitt tillagt avgjørende vekt, men annen praksis (utenfor faglige ytringer-tilfellene) viser at dommernes syn kan ha slik virkning.

I for eksempel Rt. 2009 s. 1617 mente retten at det ikke forelå «objektive omstende» som i seg selv tilsa at dommer Webster var inhabil, men la avgjørende vekt på at hun selv uttrykte bekymring for om hun ville «føle ubehag» ved å dømme på en måte som stred imot interessene til sin ektefelles klienter, og om dette ubevisst kunne spille inn på vurderingene.²⁷⁶ Også i HR-2021-1448-S virker det å ha blitt vektlagt at dommer Høgetveit Berg selv mente han «trolig» måtte anses inhabil.²⁷⁷

I HR-2016-2311-P, for dommer Berghs angående, ble momentet bare tillagt «en viss vekt»,²⁷⁸ hvilket indikerer at det ikke *nødvendigvis* må tillegges avgjørende vekt at dommeren selv mener hun kan være inhabil. I sistnevnte sak er imidlertid en viktig forskjell fra Rt. 2009 s. 1617 at Bergh mente at omstendighetene var slik at *omverdenen* kunne oppfatte ham som inhabil – men selv mente han at han var i stand til å «ta objektiv stilling til de spørsmål saken reiser».²⁷⁹ Det er rimelig å slutte fra dette at vekten av momentet kan påvirkes av hvordan dommeren anser seg selv for å være inhabil: Dersom dommeren mener at hun *subjektivt* ikke vil kunne opptre upartisk, kan man vente at momentet vil bli tillagt stor vekt.

Det virker etter dette sannsynlig at den tilsynelatende lave terskelen i *Gjølstad/Bruzelius* skyldes den generelle tendensen i praksis til å tillegge dommeres syn på egen habilitet stor vekt.

Det kan diskuteres om det er riktig at dommeres syn tillegges så stor vekt. Dersom enkeltdommere ønsker å følge ei forsiktighetslinje, og deres syn uten videre tas til følge, kan

²⁷⁶ Rt. 2009 s. 1617 P avsnitt 9-10. Avgjørelsen er for øvrig *Gjølstad/Bruzelius*, men da Websters forhold ikke omhandla faglige ytringer, har jeg ikke inkorporert Webster i kortnavnet. For å unngå forvirring omtaler jeg avgjørelsen uten kortnavn her.

²⁷⁷ HR-2021-1448-S avsnitt 12.

²⁷⁸ Avsnitt 38.

²⁷⁹ Rt. 2009 s. 1617 P avsnitt 35. Det samme virker å ha vært tilfelle i Rt. 2015 s. 250 S, hvor førstvoterende uttalte: «Jeg legger ikke vekt på at dommer Skoghøy selv har gitt uttrykk for at han anser seg inhabil. Jeg oppfatter hans uttalelse som en rent rettslig vurdering knyttet til den objektive siden av inhabilitetsregelen» (avsnitt 27).

vektlegginga av dommerens syn medføre at praksis styres inn i et forsiktighetsspor uten at denne utviklinga er underlagt ei grundig vurdering – eller i det hele tatt villa. Samtidig vil det neppe virke spesielt tillitvekkende om en dommer som har uttalt at hun vil kunne «føle ubehag» ved å dømme i saken, likevel skal dømme – selv om hennes «ubehag» ikke skulle være i tråd med den terskelen som rettspraksis tidligere har oppstilt for inhabilitet. Slik sett virker det rimelig at dommerens syn på egen subjektiv habilitet tillegges stor vekt.

5.4.4 Samla inntrykk

Underkapittel 5.3 indikerer at selv om det er likhetstrekk i argumentasjonslinjene knytta til de ulike typetilfellene, virker *terskelen* for inhabilitet å variere mer enn man kunne vente – selv det skjønnsmessige vurderingstemaet i § 108 tatt i betraktning. Dersom konsistens er at like tilfeller behandles på en måte som unngår motstrid,²⁸⁰ skulle denne inkonsistensen langt på vei kunne forklares gjennom ulikheter knytta til de konkrete omstendighetene i saken. Gjennomgangen ovenfor viser imidlertid at verken sakstype, partenes syn eller dommerens eget syn i tilstrekkelig grad forklarer terskelvariasjonen.

Det er noen unntak. Dommernes egne syn kan trolig forklare den tilsynelatende lave terskelen i *Gjølstad/Bruzelius*. Det kan også hende den lave terskelen i *Bruzelius*, sammenligna med den høye terskelen i *Schei/Bårdsen*, kan forklares utfra sakstype – men samtidig kunne partenes syn i de to sakene like gjerne ført til at terskelulikheta var motsatt. Verken sakstype, partenes syn eller dommerens syn forklarer imidlertid forholdet mellom *Indreberg I* og *Schei/Bårdsen* eller mellom *Matningsdal* og *Skoghøy I*. Faktorene forklarer heller ikke hvorfor Noers habilitet i *Indreberg/Noer* ble vurdert etter en særlig lav terskel.

Praksis om eksterne faglige ytringer kan etter dette karakteriseres som inkonsistent.²⁸¹ Jeg vil i kapittel 6 komme tilbake til hvordan denne inkonsistensen kan påvirke upartiskhet og tillit.

5.5 Sideblikk til praksis om interne faglige ytringer

5.5.1 Innledning

Oppgaven har så langt utelukkende omhandla eksterne ytringer. Som faglig funderte ytringer som gir uttrykk for rettslig legitime syn, er det imidlertid interessant å – i et konsistensperspektiv – også se hen til praksis om *interne* ytringer. Som jeg vil komme tilbake til, er det enkelte forskjeller mellom eksterne og interne ytringer som gjør at man kan

²⁸⁰ Frøseth (2013) side 142-143, se nærmere i underkapittel 5.2.

²⁸¹ I samme retning Backer (2020) side 134: «Høyesteretts praksis kan kritiseres på forskjellige punkter, dels fordi den er vidtgående, dels fordi den ikke har vært konsekvent».

forskjellsbehandle de to ytringstypene uten at det blir motstrid (altså inkonsistens). Etter mitt syn vil imidlertid et sideblikk til interne faglige ytringer likevel kunne gi et tilskudd til vurderinga av hvilke forventninger man med rimelighet kan stille til dommeres (tilsynelatende) faglige åpenhet.

5.5.2 Interne faglige ytringer – isolert og i et konsistensperspektiv

Interne ytringer er ytringer dommeren har avgitt *i kraft av dommerrollen*, typisk i et votum. Slike har, i sitt innhold, ofte klare likhetstrekk med eksterne faglige ytringer, i den forstand at formålet med ytringa er å uttrykke et synspunkt på hvordan man skal løse ei gitt rettslig problemstilling. I sin karakter kan imidlertid slike ytringer være klart annerledes, ettersom interne ytringer kan ha umiddelbar rettslig virkning. Her vil det likevel kunne være grensetilfeller – eksempelvis er det ikke gitt at et mindretalls obiter dictum vil ha større rettslig innvirkning enn uttalelser i ei lærebok.

Det «klare og konsekvente utgangspunktet» er at dommere ikke blir inhabile ved at de i en tidligere sak har tatt standpunkt til den rettslige problemstillinga som skal behandles, såfremt det ikke er tale om samme tvist, jf. Rt. 2015 s. 250.²⁸² Dette utgangspunktet står sterkt, og vil for eksempel gjelde også dersom dommeren deltok ved behandlinga av en straffesak som seinere blir gjenopptatt på grunn av konstatert konvensjonsbrudd,²⁸³ eller dersom dommeren i flere år har praktisert den ordninga som skal angripes i hovedsaken.²⁸⁴

Enda viktigere vil utgangspunktet også gjelde hvor dommeren tidligere har tatt flengende dissens i en lignende sak. Et uttrykk for dette er Rt. 2009 s. 1336. Saken gjaldt spørsmål om hvilken vekt det skal ha ved straffeutmåling at påtalemyndigheta har gitt tilsagn om å legge ned en bestemt straffepåstand dersom den sikta tilstår. Det samme prinsipielle spørsmålet var tema i Rt. 2007 s. 616. I denne tok Skoghøy dissens (3-2), fordi han, i motsetning til flertallet, mente at strafferabatten for tilståelser bør være uavhengig av motivasjon for tilståelsen. Da den

²⁸² Avsnitt 20-21. Saken gjaldt habilitet i forbindelse med et erstatningssøksmål tilknytta en av tomtefestesakene fra 2007 (Rt. 2007 s. 1706 A). Dommerne, som ble funnet habile, var med å treffe 2007-avgjørelsen, som saksøker nå altså krevde erstatning for. Skoghøy mente selv at han måtte regnes som inhabil.

²⁸³ Jf. HR-2016-2181-U. Unntak kan tenkes dersom det foreligger «nokså sterk grad av bebreidelse» eller «andre særegne omstendigheter» (avsnitt 10). HR-2021-1051 F er et eksempel. Øie, Bergsjø, Ringnes og Arntzen ble funnet inhabile til å behandle gjenopptakinga av den tidligere nevnte NAV-saken, fordi de hadde deltatt ved den første behandlinga av saken. Høyesterett hadde da ikke tatt stilling til de spørsmålene som retten nå skulle behandle. Årsaken til at dommerne likevel ble funnet inhabile, var at saken hadde blitt utsatt for sterk kritikk, fordi «verken påtalemyndigheten eller domstolene stilte spørsmål ved praktiseringa av ... regelverket». Saken berørte derfor «selve tilliten til domstolsystemet» (avsnitt 11).

²⁸⁴ Se Rt. 2008 s. 145. Hovedsaken gjaldt krav til begrunnelse av ankenektelser i straffesaker i lagmannsretten. Flere av dommerne som skulle behandle hovedsaken, hadde, som tidligere lagdommere, i lang tid praktisert ordninga som skulle angripes.

lignende saken kom opp i 2009 fant retten, bestående av blant annet Skoghøy, under henvisning til blant annet argumentasjonen i Skoghøys mindretallsvotum, at det riktige likevel var at strafferabatten skulle være uavhengig av eventuelle tilsagn.²⁸⁵

Begrunnelsen for at eksterne faglige ytringer kan virke inhabiliserende er, som nevnt, hovedsakelig risikoen for at dommeren mangler distanse til spørsmålet som skal behandles. Rt. 2008 s. 1409 viser imidlertid svært tydelig at også interne ytringer kan ha slik virkning. Saken gjaldt krav til bevisstyrke ved ileggelse av ordinær tilleggsatt. Retten delte seg i tre (6-3-2), og i tillegg avga dommer Tjomsland et særvotum. I dette uttalte han at han i utgangspunktet holdt andrevoterendes syn, men at han likevel, fordi han tidligere hadde uttrykt et anna syn, ville slutte seg til førstvoterendes konklusjon:

«Når det gjelder kravet til bevisets styrke for ileggelse av ordinær tilleggsatt [...] er jeg av samme mening som annenvoterende, dommer Endresen. Jeg kan også langt på vei slutte meg til den begrunnelse han har gitt.

I Ospa-saken i Rt-2007-1217 tilhørte jeg flertallet som mente at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav for sanksjoner som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Etter en fornyet vurdering av spørsmålet på grunnlag av det materiale som annenvoterende har vist til, fremstår ikke denne tolkningen som opplagt. Og det forhold at dette spørsmålet – i løpet av de årene som er gått – ikke har fått en mer definitiv avklaring, kan gi grunnlag for forbauselse. Jeg er likevel blitt stående ved å henholde meg til flertallets – og mitt eget – standpunkt i saken i Rt-2007-1217, og på dette grunnlag slutter jeg meg til førstvoterendes, dommer Bruzelius', konklusjon».²⁸⁶

Uttalelsen viser at dommere klart kan føle seg så bundet av sine tidligere standpunkter, at partene ikke har reell mulighet til å påvirke dommernes syn på hvordan lignende saker bør løses. Det kan da hevdes at det er lite konsistent at risiko for svekka evne til å møte saken med åpent sinn brukes som avgjørende argument for inhabilitet på grunn av eksterne faglige ytringer.²⁸⁷

Årsaken til at tidligere standpunkter likevel ikke virker inhabiliserende, er at motsatte løsninger ville vanskeliggjøre ei god revurdering av gjeldende praksis.²⁸⁸ Det er i saker hvor det er behov for ei slik revurdering, at det er særlig viktig at plenums- og storkammerbehandlinger faktisk

²⁸⁵ Rt. 2009 s. 1336 S avsnitt 26 og 28.

²⁸⁶ Rt. 2008 s. 1409 S avsnitt 231-232.

²⁸⁷ I samme retning Backer (2008).

²⁸⁸ Backer (2020) side 130.

gjennomføres som dette. Dersom tidligere standpunkter skulle virke inhabiliserende, ville resultatet kunne bli at viktig og vanskelige spørsmål aldri fikk den plenums- og storkammerbehandlingen de skulle vært underlagt. De samme konsekvensene ser man ikke – iallfall ikke i samme omfang – ved eksterne ytringer.

Ulikheten i faktiske konsekvenser taler for at det er det praktiske behovet som begrunner ulikheten i hvilke forventninger som stilles til dommernes faglige åpenhet. Men selv om inkonsistensen dermed kan være *begrunna*, kan praksis om interne ytringer indikere at både parter og allmennheten tåler en viss risiko for faglig forutinntatthet hos sine dommere. Jeg drøfter dette videre i underkapittel 6.3.

6 Avsluttende gjensyn med tillit og upartiskhet

6.1 Innledning

I de foregående kapitlene har jeg skissert de konseptuelle og rettslige føringene for praksis om habilitet og faglige ytringer, og gjort rede for og analysert ulike typetilfeller av faglige ytringer – isolert og i sammenheng. Med grunnlag i dette vil jeg vurdere i hvilken grad praksis ivaretar og styrker tillit og opplevd upartiskhet. Det overordna siktemålet med analysen er å gi et bidrag til besvarelsen av spørsmålet jeg skisserte innledningsvis: Har praksis, i lys av idealene om tillit og upartiskhet, truffet den riktige balansen i grensedragninga spesiell kompetanse/manglende distanse?

6.2 I hvilken grad sikrer praksis tillit?

Tillit er både en individuell følelse og en sosial kvalitet.²⁸⁹ Når dommere treffer habilitetsavgjørelser med grunnlag i hva som er best egna til å sikre tillit, må dette primært forstås som et mål som gjelder tillit på samfunnsnivå – ikke den enkelte parts tillit til den aktuelle dommeren. Den individuelle partens tillit *kan* få betydning, for eksempel ved regelen om at partenes syn skal tillegges vekt. Individets tillit har imidlertid ikke avgjørende betydning, ettersom domstolene kan velge (og velger) å dømme i strid med partenes ønsker. Når jeg her skal vurdere i hvilken grad praksis ivaretar tillit, er det først og fremst allmennhetas tillit jeg ønsker å vurdere. Og som nevnt innledningsvis i kapittel 5, vurderer jeg praksis med grunnlag i hvordan sakene *framstår*.

I utgangspunktet synes det klart at intensjonen i praksis i økende grad er å vektlegge tillit. For det første kommer dette til uttrykk ved at man i økende grad vektlegger muligheta for at allmennheta vil misforstå de rettslige nyansene i habilitetsvurderinga. For det andre kan det hevdes at en tendens til økt vektlegging av tillit kommer til uttrykk i at det har foregått ei uttalt innstramming i praktiseringa av habilitetsreglene, slik at dommere i dag kan ha mindre tilknytning til den aktuelle saken enn dommere for 20-30 år sia.²⁹⁰ Innstramminga kan virke tillitsskapende fordi den gir inntrykk av at retten i stadig større grad tar forventningene om upartiskhet på alvor, og anerkjenner at også dommere preges av sin bakgrunn.

Samtidig kan det hevdes at innstramminga bare fører til styrka tillit i tilfellene hvor innstramminga er i tråd med allmennhetas opplevelse av upartiskhet. I relasjon til avgjørelsen

²⁸⁹ Jf. Ellingsen (2014) side 9: «Trust is both an individual feeling, and a social quality».

²⁹⁰ Uttalt i blant annet Rt. 2013 s. 1570 A avsnitt 20.

om Noers habilitet i HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer*, har jeg tidligere nevnt at flere i ettertid ga uttrykk for at habilitetsavgjørelsen ga et ubalansert resultat, og at avgjørelsen derfor ikke innfridde behovet for opplevd upartiskhet. Slik sett er det ikke innstramma i seg selv som styrker tillit – det tillitsstyrkende ligger i at innstramma gir et resultat som samsvarer med forventningene til upartiskhet.

Som nevnt i punkt 2.6, anses stabilitet, transparens, likebehandling og forutberegnelighet å være viktige faktorer for å sikre tillit til institusjoner.²⁹¹ Og som drøfta ovenfor, synes det være manglende konsistens i hvordan de ulike typetilfellene behandles. Når det ikke er noen klar begrunnelse for denne manglende konsistensen, kan det oppstå tvil om hvorvidt praksis om faglige ytringer skjer under hensyn til likebehandling og forutberegnelighet. Manglende likebehandling og forutberegnelighet kan, i verste fall, etterlate inntrykk av at dommere «tas ut» av andre grunner enn for å sikre upartiskhet. Dette er klart egna til å svekke tillita til domstolene.

Én måte å avbøte risikoen for svekka tillit på grunn av manglende konsistens, er å være bevisst at tilfeller kan framstå som like, og å forklare hvorfor tilsynelatende like tilfeller likevel er så ulike at de må ha ulikt utfall. Eksempelvis kunne det virke tillitsskapende om retten gikk noe nærmere inn på Bruzelius' habilitet i Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius*, og med få ord forklarte hvorfor de aktuelle omstendighetene var så klart mer inhabiliserende enn omstendighetene i Rt. 2009 s. 769 *Schei/Bårdsen*.

I forlengelsen av dette kan det virke tillitsskapende at habilitet blir uttrykkelig tematisert i de sakene hvor det foreligger omstendigheter som kan framstå habilitetsaktualiserende. Når en juridisk artikkel kunne føre til inhabilitet i Rt. 2003 s. 1094 *Skoghøy I*, men habilitet ikke ble tematisert i Rt. 2009 s. 1118 *Skoghøy III*, kan man som utenforstående bli usikker på hva det er som styrer habilitetsavgjørelser om juridiske artikler. Dette kan gi en opplevelse av manglende forutberegnelighet, og, i forlengelsen av det, svekka tillit.

Samtidig kan det hevdes at det her må gå ei ytre grense. I saker hvor dommere henviser til egne arbeider for å forankre mer perifere eller ubestridte rettssetninger, er det, i henhold til praksis, klart at arbeidet ikke vil virke inhabiliserende. I slike tilfeller er det tenkelig at tematiseringa av det tidligere arbeidet bare vil føre til svekka tillit til den seinere anvendelsen av arbeidet, og at tematisering derfor ikke vil ha noen reell nytteverdi (ettersom det er klart at forholdet uansett ikke vil ha inhabiliserende virkning). En praksis om at dommere skal varsle om alle faglige

²⁹¹ Ellingsen (2014) side 194.

ytringer som har den minste relevans til saken, ville i tillegg kunne skape noen praktiske utfordringer – eksempelvis om Skoghøy skulle måtte varsle om boka «Tvisteløsning» før handlinga av hver eneste sivil sak, *i tilfelle* retten ville henvise til boka i forbindelse med en generell redegjørelse for, for eksempel, vilkårene i tvl. § 1-3. Slik sett kan påstanden om at dommere bør varsle om alle mer eller mindre relevante faglige ytringer, begrenses til tilfeller hvor det som er skrevet iallfall kan være *i nærheta* av å nå terskelen for inhabilitet.

I flere habilitetsavgjørelser har tillit blitt trukket fram som et avgjørende hensyn.²⁹² Fokus i praksis synes imidlertid primært å ligge på å oppnå tillit på *enkeltsaksnivå* – man skal som allmennhet ha tillit til at dommerne i den konkrete saken var tilstrekkelig habile. De foregående drøftelsen viser imidlertid at den allmenne tillita også krever et mer *helhetlig* perspektiv, slik at man, ved handlinga av enkeltsaken, også ser habilitetspraksis under ett. Et slikt mer helhetlig perspektiv på praksis vil kunne bidra til å sikre at praksis utvikles under hensyntaken til likebehandling og forutberegnelighet.

Et anna aspekt ved å gi tillit avgjørende vekt, knytter seg til de hittil ubesvarte spørsmålene som tillitsbegrepet aktualiserer: Hvilket perspektiv skal man vurdere tillit utfra og hvordan vurderer man hvilket resultat som er best egna til å sikre tillit? Å ukritisk postulere at et gitt resultat er det som i størst grad vil sikre tillit, kan i seg selv virke *tillitssvekkende*, da det kan gi inntrykk av at store ord brukes for å dekke over en manglende begrunnelse. Også når det gjelder *anvendelsen* av tillitshensynet, kan dermed gjennomsiktede vurderinger virke tillitsstyrkende.

I tillegg til at tillit kan styrkes ved at utforminga av praksis skjer under hensyn til gjennomsiktighet, likebehandling og forutberegnelighet, kan det hevdes at det ligger noe overordna tillitsstyrkende i at dommere har anledning til å ytre seg om faglige spørsmål. Som nevnt under punkt 3.2.2, har EMD for eksempel flere ganger trukket fram verdien i at dommere kan ytre seg om forhold som gjelder domstolene, fordi slik ytringsfrihet er viktig for å sikre domstolenes uavhengighet.²⁹³ Det er også tenkelig at det kan virke tillitsstyrkende at dommere ytrer seg om andre faglige spørsmål, da slike ytringer kan gi inntrykk av en dommerstand med høy faglig kompetanse og evne til selvstendig og grundig refleksjon. Når man vurderer i hvilken grad et faglig arbeid kan svekke eller styrke allmennhetas tillit til dommerens upartiskhet, kan

²⁹² Se eksempelvis Rt. 2010 s. 1228 P avsnitt 14. Mer grunnleggende er dette uttrykt gjennom ordlyden i § 108, om at inhabiliserende omstendigheter må være «skikket til å svekke tilliten til [dommerens] uhildethet».

²⁹³ *Baka v. Ungarn* [GC] 2016, no. 20261/12 avsnitt 165.

man følgelig også ha in mente at det faglige arbeidet kan være egna til å styrke tillita til dommerens faglige kompetanse.

Det er etter dette enkelte aspekter ved utforminga av praksis – manglende konsistens og gjennomsiiktighet – som kan virke tillitssvekkende. Hvorvidt *resultatene* i de enkelte avgjørelsene virker tillitssvekkende eller tillitsskapende, beror imidlertid på i hvilken grad resultatet er egna til å sikre en opplevelse av upartiskhet.

6.3 I hvilken grad sikrer praksis opplevd upartiskhet?

6.3.1 Innledning

Som diskutert flere steder, er det mest sentrale elementet av upartiskhet, i relasjon til faglige ytringer, partenes opplevelse av at dommerne møter dem med åpent sinn og mottakelighet. Forventninga om åpent sinn må imidlertid avveies mot behovet for tilstrekkelig fagkunnskap, og upartiskhet kan derfor ikke forstås som et totalt fravær av forhåndsoppfatninger.

Gjennomgangen av praksis viser at habilitetsreglene langt på vei praktiseres i tråd med disse utgangspunktene: Det klare utgangspunktet for alle typetilfellene er at dommeren skal kunne ytre seg uten å bli inhabil, men likevel slik at ytringer kan virke inhabiliserende hvor ytringa er av en slik art at den kan gi inntrykk av at dommeren mangler distanse til den konkrete saken som skal behandles. Det må altså foreligge risiko for en mer *kvalifisert* forutinntatthet, i den forstand at det ikke er tilstrekkelig at dommeren har generell kunnskap om det overordna rettslige temaet som den kommende saken aktualiserer.

Innafor disse tilfellene, hvor dommeren har mer spesiell kjennskap til spørsmål som står spesielt sentralt i saken som skal behandles, er det imidlertid en del variasjon hva gjelder utfall. Hvor forholdsvis like omstendigheter har hatt ulikt resultat, virker det rimelig å anta at den ene løsninga var bedre egna til å sikre opplevd upartiskhet, enn den andre. Dette er mitt utgangspunkt i den videre vurderinga av om – og eventuelt i hvilken grad – praksis sikrer partene og allmennhetens opplevelse av upartiskhet.

6.3.2 Nærmere vurdering

Når opplevelsen av upartiskhet dreier seg om oppfatta åpenhet, kan det hevdes at inhabilisering som følge av faglige ytringer bør begrenses til tilfeller hvor dommeren kan knyttes til et bestemt standpunkt. Som nevnt i punkt 4.4.1.3, kan Rt. 2003 s. 1094 *Skoghøy I* ses som uttrykk for ei slik tilnærming, ettersom retten framheva, i inhabiliserende retning, at Skoghøy hadde inntatt «klare og forbeholdsløse standpunkter» som var «helt sentrale for løsningen» av de aktuelle

sakene.²⁹⁴ Et tilleggsaspekt er at utledinga av rettsregelen – som Skoghøy allerede hadde gjennomført i artikkelen – ville bli helt avgjørende for sakenes utfall; dersom rettsregelen ble forstått som X, ville utfallet uten videre bli Y. Dette skiller seg fra tilfeller hvor rettsregelen utgjør en del av saken, men hvor også *anvendelsen* av rettsregelen på tilfellet står sentralt; dersom det avgjørende i saken reelt er for eksempel skyldspørsmålet, kan ikke synspunkter på det *rettslige* i saken gi noen pekepinn på hvordan dommeren vil dømme.²⁹⁵ Men i *Skoghøy I* spilte altså det rettslige en så avgjørende rolle at partene og allmennheten, med tilsynelatende stor grad av sikkerhet, kunne vite hvordan Skoghøy ville dømme i saken. I et slikt tilfelle synes det klart at en konklusjon om habilitet ville være egna til å gi partene en opplevelse av manglende påvirkningskraft, og at konklusjonen om inhabilitet derfor var best egna til å sikre opplevd upartiskhet.

Dersom man ser det slik at tilfeller hvor dommeren kan knyttes til klare standpunkter til sentrale spørsmål i saken, er tilfeller hvor dommeren risikerer å framstå som partisk, kan det hevdes at Rt. 2008 s. 602 *Matningsdal* ikke er i tråd med opplevd upartiskhet. Som nevnt, kunne *Matningsdal* her knyttes til et konkret synspunkt til det spørsmålet som den kommende saken ville stå og falle på. Så dersom *Skoghøy I* var egna til å sikre opplevelsen av upartiskhet, kan *Matningsdal* da hevdes å være egna til å *svekke* opplevelsen av upartiskhet.

Også HR-2020-2079-P *Indreberg/Noer* kan, til en viss grad, ses som utslag av den foreslåtte retningslinja om at resultatet lettere bør bli inhabilitet i tilfeller hvor dommeren har avgitt ytringer som kan indikere hvordan dommeren vil komme til å dømme. For *Indrebergs* del ble det avgjørende at Lønningutvalget hadde gitt uttrykk for helt klare synspunkter om innholdet i Grl. § 112 og at *Indreberg* i tillegg hadde uttalt at hun fortsatt var «tilbøyelig til å mene» det samme.²⁹⁶ For *Noers* del kommer retningslinja til uttrykk ved at førstvoterende fant at ytringene som *Noer* ble identifisert med, «direkte gjeld innhaldet i avgjerdene frå domstolane – altså korleis ein bør dømme i enkeltsaker».²⁹⁷

Man kan se også Rt. 2009 s. 769 *Schei/Bårdsen* som uttrykk for retningslinja om konkrete standpunkter: *Schei* og *Bårdsen* kunne bare knyttes til *unnlåtelsen* av å vurdere bestemte bestemmelsers forhold til Grunnloven, og altså ikke noen konkrete standpunkter. Når det ikke

²⁹⁴ Rt. 2003 s. 1094 A avsnitt 9.

²⁹⁵ Rt. 2008 s. 657 A, hovedsaken tilknytta Rt. 2008 s. 602 A, kan ses som eksempel på et tilfelle hvor det rettslige spilte avgjørende betydning: Synet på det rettslige spørsmålet om krav til kunnskap om begge nektelsesgrunnlag var det eneste som hadde betydning for sakens løsning.

²⁹⁶ HR-2020-2079-P avsnitt 25-27.

²⁹⁷ Se likevel diskusjonen i punkt 4.4.3.3 om holdbarheta av flertallets tolkning av *Noers* ytringer.

er noen konkrete standpunkter å knytte dommeren til, kan det hevdes at det i utgangspunktet heller ikke er mulig å si noe om hvordan dommeren vil dømme. Samtidig kan man se det sånn at det i relasjon til lovforarbeid er ei åpenbar blemme å fremme lovforslag som *strider* mot Grunnloven. Det synes derfor ikke urimelig å anta at Schei og Bårdsen ville føle et behov for å forsvare at de ikke foretok ei vurdering av lovforslagets forhold til Grunnloven, ved å argumentere for at lovforslaget var grunnlovsmessig. På denne bakgrunn synes det klart at ei retningslinje om konkret standpunkt ikke fanger opp alle tilfeller hvor ytringer kan gi opphav til en opplevelse av manglende åpenhet og mottakelighet.

Forholdet mellom det uttalte og det uuttalte er interessant også utenfor tilfellene hvor dommere har unnlatt å behandle enkeltsider av spørsmål de ellers behandler grundig. Høyesterett regnes for å være en prejudikatdomstol,²⁹⁸ hvilket innebærer at den primært behandler særlig vanskelige, uavklarte og prinsipielle saker. Som noen av landets fremste jurister, er det ikke urimelig å forvente at høyesterettsdommerne ofte på forhånd har gjort seg opp noen meninger om sakenes rettslige sider – uten at man har sett noen tydelige uttrykk for konkrete standpunkter.²⁹⁹ Klimasøksmålet, som på forhånd var svært omdiskutert fordi det aktualiserte spenningsforholdet juss/politikk, framstår som et eksempel på en sak hvor det er klart at samtlige dommere på forhånd hadde gjort seg opp noen tanker.³⁰⁰ I slike tilfeller kan det hevdes at det uuttalte framstår som en like stor trussel som det uttalte.

I lys av at dommeren også i rettssalen er et tenkende individ med variert fagbakgrunn, vil det imidlertid praktisk sett være umulig å operere med en inhabilitetspraksis som tar sikte på å fange opp dommeres uuttalte synspunkter. Så lenge det ikke er klare indikasjoner på at dommeren har gjort seg opp bestemte meninger, kan det hevdes at partene ikke har noe reelt grunnlag for å tvile på dommerens åpenhet og på egen påvirkningskraft, slik at opplevelsen av tilstrekkelig upartiskhet kan sies å være ivaretatt.

Én måte å avbøte usikkerheta knytta til det uuttalte, er imidlertid, som diskutert i punkt 3.2.1, å ikke bare vurdere upartiskhet med grunnlag i enkeltdommeren, men med grunnlag i domstolen *som helhet*. Synspunktet bygger på at det eksisterer situasjoner hvor én dommer har ytra seg på

²⁹⁸ Mæhle og Aarli (2017) side 45.

²⁹⁹ Eksempelvis virker det usannsynlig at dommerne ikke skulle ha gjort seg opp noen tanker om innholdet i Grl. § 112 i forkant av HR-2020-2472-P, eller om forlenging av tomtefeste før Rt. 2007 s. 1281 P.

³⁰⁰ I samme retning, Laird v. Tatum (1972) 409 U. S. 824 avsnitt 835: «Since most Justices come to this bench no earlier than their middle years, it would be unusual if they had not by that time formulated at least some tentative notions which would influence them in their interpretation of the sweeping clauses of the Constitution [...] It would be not merely unusual, but extraordinary, if they had not at least given opinions as to constitutional issues in their previous legal careers [...] Yet whether these opinions have become at all widely known may depend entirely on happenstance».

en måte som normalt ville kunne ha inhabiliserende virkning, og hvor det for de øvrige dommerne foreligger omstendigheter som kan indikere at de har inntatt uuttalte standpunkter. Disse dommerne vil, utfra synspunktet om tilstrekkelig upartiskhet, åpenbart ikke kunne bli inhabile. Den første dommerens inhabilitet vil imidlertid i et slikt tilfelle kunne føre til ei domstolssammensetning hvor partene og allmennheten oppfatter at flertallet av dommerne heller mot å dømme i ei retning, uten at disses synspunkter vil bli møtt med den motvekta som den nå inhabile dommeren ville kunne utgjøre.

Jeg har tidligere trukket fram klimasøksmålet som eksempel på en sak hvor et slikt synspunkt kan tenkes anført. En annen, særlig illustrerende, sak er Rt. 1946 s. 196.³⁰¹ Saken gjaldt spørsmål om konstituert høyesterettsdommer Johs. Andenæs skulle vike sete ved behandlinga av den såkalte Klinge-saken.³⁰² Det sentrale spørsmålet i Klinge-saken var om gestapist og torturist Karl-Hans Klinge skulle henrettes som følge av sine handlinger (herunder landssvik, tortur og drap) under andre verdenskrig. Andenæs hadde to år tidligere sendt en uttalelse til Stortingets justiskomité, hvor han ga uttrykk for at den provisoriske anordninga av 4. mai 1945 om straff for utenlandske krigsforbrytere – som ville utgjøre hjemmelsgrunlaget for en eventuell henrettelse – var i strid med Grunnlovens forbud mot tilbakevirkning og «helt uforenlig med de grunnsetninger som en ellers har sett det som en selvfølge å legge til grunn for norsk straffelovgivning».³⁰³ Andenæs ble, under dissens 11-2, funnet inhabil.

Høyesteretts daværende justitiarius, Paal Berg, var tidligere leder av Hjemmefronten. Også daværende høyesterettsdommer Ferdinand Schjelderup var en aktiv motstandsmann og var med i den såkalte «Kretsen», Hjemmefrontens ledelse, fra starten av 1941.³⁰⁴ I tillegg hadde hele Høyesterett 12. desember 1940 lagt ned sine embeter i protest mot okkupasjonen. I lys av dette, og i lys av den stemninga som landet nok sto i like etter en fireårig okkupasjon, ville det ikke vært urimelig om man opplevde at rettens sammensetning var noe preget – i tiltaltes åpenbare disfavør.³⁰⁵ Det synes da klart at det ville kunne styrke den opplevde upartiskhet om Andenæs likevel hadde fått delta ved behandlinga av Klinge-saken.

Situasjonen rundt Rt. 1946 s. 196 var selvsagt svært spesiell, og det er ingen klare paralleller til denne i vår tid. Avgjørelsen er likevel egna til å illustrere at det i visse tilfeller kan være

³⁰¹ Saken faller utenfor tidsrommet som analysen egentlig knytter seg til, og er derfor utelukkende til illustrasjon.

³⁰² Rt. 1946 s. 198 P.

³⁰³ Rt. 1946 s. 196 P side 196.

³⁰⁴ «Dommaranes nei», tilgjengelig på <https://www.domstol.no/enkelt-domstol/hoyesterett/nyhet/2020/21.-desember-1940/>.

³⁰⁵ I noe samme retning, Graver (2015) side 159-160.

nødvendig å anlegge et mer helhetlig perspektiv på domstolens sammensetning, for å sikre upartiskhet i en bredere forstand.

Ei mulig innvending mot et slikt mer helhetlig perspektiv, kan imidlertid være at det vil være vanskelig å artikulere et mer konkret vurderingstema for den helhetlige vurderinga – anna enn at man vurderer rettens sammensetning på «geföhlen». Slik sett kan det helhetlige perspektivet kritiseres for å være lite praktisk anvendbart.³⁰⁶

Det er imidlertid tenkelig at perspektivet vil kunne konkretiseres noe mer i relasjon til *grensetilfellene*. Et mer helhetlig perspektiv på domstolens sammensetning kan nemlig indikere at det, med grunnlag i forholdet mellom det uttalte og det uuttalte, ikke nødvendigvis er styrkende for den opplevde upartiskhet å operere med den forsiktighetslinja som for eksempel Rt. 2007 s. 705 *Indreberg I* og Rt. 2010 s. 1228 *Bruzelius* virker å bygge på.³⁰⁷ Ei forutsetning for at forsiktighetslinja skulle kunne virke styrkende på den opplevde upartiskhet, er at den endelige domstolsammensetninga framstår som *mer* betryggende enn den hadde gjort om den påståtte inhabile dommeren deltok. Det er ikke gitt at ei forsiktighetslinje vil ha slik virkning. Backer holder fram *Indreberg I* som et illustrerende eksempel på at ei forsiktighetslinje kan skape uheldige domstolsammensetninger. Som nevnt i punkt 3.3.1, ble syv av rettens dommere, på grunn av egne eller nærståendes festeforhold, funnet inhabile til å vurdere grunnlovsmessigheta av enkelte bestemmelser i tomtefesteloven. Om dette uttaler Backer:

«Garantien mot ensidighet i Høyesterett ligger i en bred sammensetning. Det kunne skapt et legitimitetsproblem om tomtefestesakene var avgjort i festernes disfavør med knapt flertall, etter at dommere med perifer tilknytning til festeforhold var kjent inhabile».³⁰⁸

Hvorvidt ei forsiktighetslinje kan virke styrkende på den opplevde upartiskhet må derfor ses i sammenheng med det helhetlige resultatet av ei eventuell inhabilisering. I tillegg kan det være grunn til å se ei forsiktighetslinje i lys av den mer overordna målsetninga om bredde i domstolene: Dersom retten har svært lav terskel for å inhabilisere på grunn av faglige ytringer, vil virkninga kunne være at dommere med bestemte faglige bakgrunner systematisk holdes utenfor rettsbehandlingene. På sikt vil dette også kunne ha betydning for rekrutteringa til

³⁰⁶ Når det er sagt synes det klart at domstoler ofte gjør en del ikke-artikulerte vurderinger basert på kjennskap til egen domstol, for eksempel ved fordeling av saker (Grendestad og Skiple (2021) og Sunde (2015) side 325-326).

³⁰⁷ Se underkapittel 5.3.

³⁰⁸ Backer (2008) side 97.

domstolene.³⁰⁹ Når bredde kan anses som et virkemiddel for å sikre opplevd upartiskhet, er ei slik virkning uheldig.

I avveininga balanse mot forsiktighet, er et tilleggsaspekt knytta til HR-2020-2079-P, om Noers habilitet i klimasøksmålet, og Rt. 1946 s. 196, om Andenæs' habilitet i Klinge-saken, at habilitetsavgjørelsene – og ubalansen – kan sies å ha gått i *statens* favør. Det er tenkelig at legitimitetsproblemene knytta til ei ubalansert domstolssammensetning vil være mest framtreddende i slike tilfeller. Mot denne bakgrunn kan det være grunn til å spørre om den mer helhetlige tilnærminga til upartiskhet også bør inneholde ei vurdering av om den eventuelle inhabilitet vil gå i den private eller offentlige parts favør.

Et argument om at habilitetsavgjørelser bør ta partsforholdet i betraktning, kan forankres i forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmaktene. Når domstolene inngår i statsapparatet, vil domstolene kunne framstå som et uttrykk for – en representasjon av – staten for øvrig. Dersom en privat part står mot en offentlig, er det derfor tenkelig at den private parten vil oppleve at den offentlige sida står samla i flertall mot den private. Slik sett kan det, i et upartiskhetsperspektiv, være særlig viktig å sikre tilstedeværelsen av de stemmene som er venta å tale den private parts sak. Man kan altså se det slik at den tilstrekkelige upartiskhet vil være ulik for private parter og for staten.³¹⁰

I *særlig* grad kan det hevdes at den opplevde tilstrekkelige upartiskhet vil kunne være ulik i straffesaker, slik at det er særlig viktig å sikre tiltaltes opplevelse av domstolene som upartisk. Med grunnlag i et partsforholdsperspektiv kan det da anføres at terskelen for inhabilitet bør være noe høyere hvor inhabilitet går i statens favør, og noe lavere hvor inhabiliteten går i tiltaltes favør.³¹¹ Rettspraksis viser flere tilfeller hvor habilitetsavgjørelser tilsynelatende har gått i tiltaltes disfavør. Et svært tydelig eksempel er den allerede drøfta Rt. 1946 s. 196, hvor

³⁰⁹ I samme retning Backer (2020), som skriver at det er «fare for at vidtgående inhabilitetsvurderinger, på lignende måte som en skjev rekruttering, kan fungere slik at det systematisk holder utenfor visse bakgrunnserfaringer eller holdninger til samfunnsspørsmål» (side 134).

³¹⁰ Et eksempel til illustrasjon er fra den tyrkiske stats retts sak mot regimekritikeren Osman Kavala. Rettssaken ble svært kritisert av organisasjonen Norsk PEN, som mener utfallet av saken (livstidsstraff) var forhåndsbestemt. Blant annet uttalte en av Norsk Pens rettsobservatører: «Det sitter tre dommere bak hver sin PC-skjerm på et podium foran tilskuerne. De er kledd i svarte kapper pyntet med rød slike. Aktor har samme type kappe og sitter på samme podium som dommerne. Hvis dette hadde vært et teaterstykke, hadde det vært et sterkt scenisk uttrykk for at dommerne og aktor tilhører samme side» (Klassekampen 27.04.22 side 12-13). Selv om det tyrkiske rettsapparatet er svært kritisert, blant annet av Europarådet (eksempelvis i resolusjon 2260), og åpenbart er noe helt annet enn det norske, gir beretninga et bilde på viktigheta av at rettsapparatet arbeider aktivt for å unngå at domstolene og den offentlige part ses som samme enhet. Dette underbygges av at norsk Høyesterett gjentatte ganger har blitt anklaget for statsvennlighet (se for eksempel Kjørstad (1999) og Grendestad (2015)).

³¹¹ Et lignende resonnement framgår av dommer Schjelderups mindretallsvotum i Rt. 1946 s. 196 P: «Endelig legger jeg vekt på at det er til fordel for *tiltalte* de virker, de forhåndsstandpunkter dommer Andenæs den gang ga uttrykk for».

inhabiliseringa av Andenæs medførte at tiltalte mista en av stemmene som var venta å argumentere mot dødsstraff. Mindre dramatiske eksempler fra seinere tid kan hevdes å være *Skoghøy I* og *Matningsdal*.³¹² Jeg har tidligere diskutert hvorvidt disse sakene er forenlige, idet retten virker å operere med en noe lavere terskel for inhabilitet i *Skoghøy I* enn i *Matningsdal*. Dersom man anser den tilstrekkelige upartiskhet for å være ulik for tiltalte og for staten, kan det hevdes at terskelvariasjonen burde gått i motsatt retning.

Drøftelsene i dette kapitlet har basert seg på en antakelse om at faglige ytringer i det hele tatt *kan* forstås som tegn på lukkethet og manglende distanse. I relasjon til interne faglige ytringer virker man imidlertid å akseptere at dommere dømmer i spørsmål som de har tatt standpunkt til før. Dette kan indikere at spesiell faglig forutinntatthet ikke nødvendigvis fører til svekka opplevd upartiskhet.

Det er imidlertid ikke gitt praksis om tidligere domsavsigelser skal forstås som den riktige refleksjonen av partene og allmennhetens syn på upartiskhet. Praksis om habilitet ved tidligere domsavsigelser må forstås i sammenheng med de enorme praktiske problemene det ville kunne medføre om tidligere avgjørelser skulle virke inhabiliserende. De samme praktiske problemene ser man klart ikke i relasjon til eksterne faglige ytringer. Dette taler for at den *tilstrekkelige* upartiskhet kan være ulik for eksterne og interne faglige ytringer. Selv om begge ytringstypene kan forstås som uttrykk for manglende distanse, kan det dermed hevdes at den tilstrekkelige upartiskhet, i lys av avveininga tilstrekkelig upartiskhet/praktiske realiteter, i større grad må akseptere interne ytringer. Slik sett kan praksis om interne faglige ytringer ikke leses som noe uttrykk for i hvilken grad den tilstrekkelige upartiskhet generelt tåler faglige ytringer.

Selv om det kan være ulike forventninger til interne og eksterne faglige ytringer, må den nærmere kartlegginga av forventningene langt på vei bygge på antakelser om hva som vil være egna til å styrke opplevd upartiskhet. Dette skyldes at det ikke er gjort noen empiriske undersøkelser av i hvilken grad «folk flest» mener at faglige ytringer svekker eller styrker den opplevde upartiskhet.³¹³ I et analyseperspektiv er det uheldig at det ikke eksisterer noen slik systematisk framstilling.³¹⁴

³¹² Slik jeg forstår Skoghøy og Matningsdals sine synspunkter opp mot de tiltaltes anførsler.

³¹³ Uttrykket «folk flest» må forstås ei slags omtrentlig normalbetraktning.

³¹⁴ I festlige lag har jeg presentert oppgavens tema med følgende problemstilling: «Se for deg at en person er tiltalt for et mindre tyveri. En av dommerne har skrevet en tidsskriftsartikkel hvor hun, fra et faglig ståsted, argumenterer for hvorfor det bør være straffrihet, eller iallfall særlig lav straff, for mindre tyverier. Ville du, som utenforstående, hatt tillit til denne dommerens vurdering? Og ville du hatt mer eller mindre tillit til dommerens vurdering dersom artikkelen argumenterte for streng straff?». Med grunnlag i lignende eksempler for andre habilitetsgrunnlag, kunne man tenkt seg ei større kartlegging av den «allmenne» oppfatninga av dommerens upartiskhet.

For vurderinga av upartiskhet i relasjon til *konkrete enkeltavgjørelser* kan det imidlertid ligge ei viss veiledning i partenes uttalelser. En mulig risiko ved å se hen til partenes syn for veiledning er at det er tenkelig at partene bruker habilitetsinnsigelser taktisk, for å få en mer ubalansert domstol i deres (tilsynelatende) favør.³¹⁵ Men i de sakene hvor partene *deler* et syn, kan det hevdes at den samstemte oppfatninga er et mer allment uttrykk for hvilke forventninger man har til upartiskhet. Slik sett vil det å vektlegge samstemte oppfatninger på sikt kunne bidra til å sikre en habilitetspraksis som er i tråd med hvordan «folk flest» oppfatter eksterne faglige ytringer og upartiskhet.³¹⁶

6.4 Avsluttende betraktninger

Rettsanvendelsesprosessens skjønnsrom og dommeres individualitet innebærer at domstolens sammensetning kan få betydning for hva som blir utfallet i enkeltsaker. For at parter og allmennheta likevel skal kunne ha tillit til avgjørelsene som treffes i dette skjønnsrommet, er det kritisk at beslutninger som berører domstolssammensetning, treffes med grunnlag i ei grundig og gjennomtenkt avveining av hensyn – med særlig blick for hva som vil være egna til å styrke tillit og upartiskhet. Faglige ytringer setter denne avveininga på spissen: På den ene sida kan den faglige ytringa ses som uttrykk for en spesiell kompetanse som styrker domstolens faglige tyngde, og på den andre sida som uttrykk for en manglende distanse som svekker domstolens faglige integritet.

Gjennomgangen av praksis i underkapittel 4.4 og drøftelsene under punkt 6.3 viser at norsk habilitetspraksis ikke bygger på noen forventning om at dommeren skal framstå som en «complete tabula rasa».³¹⁷ Langt på vei aksepteres det at dommere som har ytra seg deltar ved den rettslige behandlinga av spørsmål de har ytra seg om – så lenge ikke ytringa, eller omstendighetene rundt ytringa, er slik at det er grunn til å tvile på dommerens åpenhet og mottakelighet. Slik sett virker praksis å ha truffet en slags balanse mellom behovet for opplevd upartiskhet og behovet for en faglig kvalifisert domstol.

Samtidig indikerer drøftelsene at det er enkelte aspekter ved praksis som kan utvikles for å styrke tillit og upartiskhet. Jeg har særlig trukket fram at man i større grad bør vektlegge tause standpunkter, som de i *Schei/Bårdsen*, i større grad bør anerkjenne et helhetsperspektiv – på både domstolsammensetninga i enkeltsakene og på den generelle utviklinga i praksis, at man

³¹⁵ I samme retning Backer (2020) side 135.

³¹⁶ Se tabell 2, om partenes syn i de sakene jeg har gjennomgått. I utvalget er Rt. 2009 s. 454 P og Rt. 2010 s. 1228 P saker hvor partene deler synet på dommerens habilitet. I begge tilfellene gikk avgjørelsene mot partenes syn.

³¹⁷ Laird v. Tatum (1972) 409 U. S. 824 avsnitt 835.

bør øke forståelsen for hvordan partsforhold kan påvirke den opplevde upartiskhet, samt at man gjennom blant annet velbegrunna og konsistente avgjørelser, bør øke transparensen i beslutningstakinga. Videre har jeg argumentert for at ei forsiktighetslinje, iallfall i plenumstilfellene, ikke nødvendigvis vil virke styrkende på tillit og upartiskhet.

Vurderinger av i hvilken grad praksis har truffet det riktige balansepunktet i avveininga spesiell kompetanse/manglende distanse, i lys av tillit og upartiskhet, er utprega skjønnsmessige. Det er dermed ikke gitt at utfallet av mine vurderinger er i tråd med forventningene som andre enkeltpersoner, eller folk flest, har til dommeres upartiskhet. Forvaltninga av allmennhetas tillit til rettssystemet krever imidlertid at avgjørelser som berører domstolssammensetning drøftes, utfordres og utvikles. Jeg håper derfor at oppgaven min uansett vil kunne bidra til å kaste lys over hvordan praksis bør – eller ikke bør – utformes for å i størst mulig grad sikre og styrke de rettsstatlige verdiene tillit og opplevd upartiskhet.

Litteraturliste

Norske lover

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Provisorisk anordning av 4. mai 1945 om straff for utenlandske krigsforbrytere

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamling på Eidsvoll 17. mai 1814 (Grunnloven)

Gulatingsloven (ved Knut Robberstads oversettelse fra 1937)

Magnus Lagabøtes landslov (ved Absalon Tarangers oversettelse fra 1915)

Forarbeider og granskningsrapporter

NOU 2020: 11 *Om Den tredje statsmakt – Domstolene i endring*

NOU 2020: 9 *Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området*

NOU 2020: 3 *Ny lov om universiteter og høyskoler*

NUT 2020: 1 *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området – Ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning*

Dok. nr. 16 (2011-12) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*

NOU 1999:27 «*Ytringsfrihet bør finne Sted*» – *Forslag til ny Grunnlov § 100*

Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) *Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v.*

Indstilling fra justiskomite nr. 2 om civilprosecesreformen (1914)

Ot.prp. nr. 10 (1913) om utfærdigelse av lov om domstolene, lov om rettergangsmaaten i tvistemaal og lov om tvangsfulbyrdelse

Indst. O. XV (1912) fra den forsterkede justiskomite om civilprocesreformen

Ot.prp. nr. 1 (1910) om utfærdigelse av lov om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal

Høyesterettspraksis

| | |
|--------------------|--------------------|
| HR-2022-959-U | Rt. 2010 s. 759 A |
| HR-2021-2421-U | Rt. 2010 s. 321 A |
| HR-2021-2248-A | HR-2009-1820-F |
| HR-2021-1975-S | Rt. 2009 s. 1617 P |
| HR-2021-1448-S | Rt. 2009 s. 1336 S |
| HR-2021-1051-F | Rt. 2009 s. 769 S |
| HR-2021-1003-F | Rt. 2009 s. 454 P |
| HR-2020-2472-P | Rt. 2009 s. 225 A |
| HR-2020-2079-P | Rt. 2008 s. 1451 S |
| HR-2019-1848-U | Rt. 2008 s. 1409 S |
| HR-2018-931-U | Rt. 2008 s. 602 A |
| HR-2018-557-A | Rt. 2007 s. 1281 P |
| HR-2018-451-A | Rt. 2007 s. 705 P |
| HR-2017-525-U | Rt. 2007 s. 616 A |
| HR-2016-106-A | Rt. 2006 s. 1345 A |
| HR-2015-02164-U | Rt. 2006 s. 1188 P |
| Rt. 2015 s. 250 S | Rt. 2005 s. 1217 A |
| Rt. 2015 s. 238 U | Rt. 2004 s. 1789 A |
| Rt. 2014 s. 59 A | Rt. 2004 s. 1632 A |
| Rt. 2013 s. 1570 A | HR-2004-00736-A |
| Rt. 2012 s. 1769 U | Rt. 2004 s. 97 A |
| HR-2012-155-J | Rt. 2003 s. 1588 A |
| Rt. 2011 s. 1140 U | Rt. 2003 s. 1243 A |
| Rt. 2010 s. 1228 P | Rt. 2003 s. 1241 A |

Rt. 2003 s. 1221 A

Rt. 1965 s. 712 A

Rt. 2003 s. 1094 A

Rt. 1946 s. 198 P

Rt. 2000 s. 38 A

Rt. 1946 s. 196 P

Rt. 1999 s. 1898 A

Rt. 1889 s. 96

Rt. 1998 s. 986 A

Rt. 1983 s. 490 P

Praksis fra lagmannsrettene

LB-2014-176

Konvensjoner og resolusjoner

Europarådets parlamentarikerforsamling, 2019, resolusjon 2260: *The worsening situation of opposition politicians in Turkey: what can be done to protect their fundamental rights in a Council of Europe member State?*

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttrådt 23. mars 1976) (SP)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950 (ikrafttrådt 3. september 1953) (EMK)

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Ashingdane v. Storbritannia [J], ECHR:1985:0528JUD000822578

Baka v. Ungarn [GC], ECHR:2016:0623JUD002026112

Budayeva v. Russland [J], ECHR:2008:0320JUD001533902

Buscemi v. Italia [J], ECHR:1999:0916JUD002956995

De Cubber v. Belgia [J], ECHR:1984:1026JUD000918680

Demiirbaş m.fl. v. Tyrkia [A], ECHR:2010:1109DEC000109308

Grievés v. Storbritannia [GC], ECHR:2003:1216JUD005706700

Handyside v. Storbritannia [P], ECHR:1976:1207JUD000549372

Hauschildt v. Danmark [P], ECHR:1989:0524JUD001048683

Hermi v. Italia [GC], ECHR:2006:1018JUD001811402

Holm v. Sverige [J], ECHR:1993:1125JUD001419188

Kiiskinen og Kovalainen v. Finland [A], ECHR:1999:0601DEC002632395

Kleyn mfl. v. Nederland [GC], ECHR:2003:0506JUD003934398

Kristiansen v. Norge [J], ECHR:2015:1217JUD000117610

Kudeshkina v. Russland [J], ECHR:2009:0226JUD002949205

Kyprianou v. Kypros [GC], ECHR:2005:1215JUD007379701

Lavents v. Latvia [J], ECHR:2002:1128JUD005844200

McGonnell v. Storbritannia [J], ECHR:2000:0208JUD002848895

Mežnarić v. Kroatia [J], ECHR:2005:0715JUD007161501

Micallef v. Malta [GC], ECHR:2009:1015JUD001705606

Procola v. Luxembourg [J], ECHR:1995:0928JUD001457089

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal [GC], ECHR:2018:1106JUD005539113

Sacilor Lormine v. Frankrike [J], ECHR:2006:1109JUD006541101

Zubac v. Kroatia [GC], ECHR:2018:0405JUD004016012

Praksis fra andre internasjonale domstoler

Prosecutor v. Furundžija (2000) IT-95-17/1

Utenlandske lover

| | |
|----------------|--|
| <i>Sverige</i> | Rättegångsbalken (1942:740) |
| <i>Finland</i> | Oikeudenkäymiskaari/Rättegångsbalk (4/1734) |
| <i>Danmark</i> | LBK nr. 1063 af 17/11/2011 Lov om rettens pleje (Retsplejeloven) |

Praksis fra utenlandske domstoler

| | |
|-------------------|--|
| <i>England</i> | <i>El Farargy v. El Farargy</i> (2009) EWCA Civ 1149 |
| | <i>Timmins v. Gormley</i> (2000) Q.B. 451 |
| | <i>R v. Inner West London Coroner, ex parte Dallaglio</i> (1994) 4 All ER 138 |
| | <i>R. v. Romsey Justices ex parte Gale</i> (1992) COD 323 |
| | <i>R v. S. (R.D.)</i> (1997) 3 SCR 484 |
| | <i>R. v. Halifax Justices ex parte Robinson</i> (1912) 76 JP 233 |
| <i>Sør-Afrika</i> | <i>President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others (Judgment on Recusal Application)</i> (1999) CCT16/98B |
| <i>USA</i> | <i>Republican Party of Minnesota v. White</i> (2002) 536 US 765 |
| | <i>Laird v. Tatum</i> (1972) 409 U. S. 824 |
| | <i>R. v. Sussex Justices ex parte McCarthy</i> (1924) 1 KB 256 |

Bøker og avhandlinger

- Backer (2020)* Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Bernt (2011)* Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved Mekling i Domstolene*, Fagbokforlaget 2011.
- Bøhn (2013)* Bøhn, Anders, *Domstoloven: Kommentaarutgave*, 2. utg., Universitetsforlaget 2013.
- Douzinas og Nead (1999)* Douzinas, Costas og Nead, Lynda, *Law and the Image – The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, The University of Chicago Press 1999.
- Eckhoff (2001)* Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.
- Ellingsen (2014)* Ellingsen, May-Britt, *The Trust Paradox – An Inquiry into the Core of Social Life*, Doktorgradsavhandling, Fakultetet for humaniora, samfunnsvitenskap og lærerutdanning, Tromsø, mai 2014.
- Graver (2015)* Graver, Hans Petter, *Dommernes krig – Den tyske okkupasjonen 1940-1945 og den norske rettsstaten*, Pax Forlag 2015.
- Helle (2021)* Helle, Knut, *Gulatinget og Gulatingslova*, SKALD 2021.
- Hunter m.fl. (2010)* Hunter, Rosemary; McGlynn, Clare; Rackley, Erika (red.), *Feminist Judgements – From Theory to Practice*, Hart Publishing 2010.
- Kahneman m.fl. (2021)* Kahneman, Daniel; Sibony, Olivier; Sunstein, Cass R., *Noise – A Flaw in Human Judgment*, William Collins 2021.
- Matningsdal (2007)* Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, Fagbokforlaget 2007.

- Monsen (2012)* Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk 2012.
- Mæhle og Aarli (2017)* Mæhle, Synne Sæther og Aarli, Ragna, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2017.
- Nygaard (2004)* Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.
- Ross (1953)* Ross, Alf, *Om ret og retfærdighet – En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1953.
- Settem (2019)* Settem, Ola Johan, *Dommarar som ytrar seg*, Cappelen Damm Akademisk 2019.
- Skoghøy (2018)* Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.
- Skoghøy (2017)* Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2017.
- Sunde (2015)* Sunde, Jørn Øyrehagen, *Høgsteretts historie 1965-2015 – At dømme i sidste Instans*, Fagbokforlaget 2015.
- Sunde (2005)* Sunde, Jørn Øyrehagen, *Speculum legale – rettsspegele*, Fagbokforlaget 2005.
- Østlid (1988)* Østlid, Henry, *Dommeratferd i dissenssaker*, Universitetsforlaget 1988.
- Aall (2022)* Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter I*, Fagbokforlaget 2022.

Artikler i aviser, tidsskrifter, antologier og leksikon

- Asp (2004)* Asp, Petter, «Om relationalistisk metod», *Konsten att Rättsvetenskapa*, Petter Asp og Kimmo Nuotio (red.), Iustus förlag (2004) side 47-67.
- Backer (2020)* Backer, Inge Lorange, «Inhabilitet og legitimitet i klimasøksmålet», *Aftenposten* (9. november 2020), <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/rggayA/inhabilitet-og-legitimitet-i-klimasoeksmaalet> (lest 24.01.22).
- Backer (2008)* Backer, Inge Lorange, «Habilitet i Høyesterett», *Lov og Rett* (2008) nr. 10 side 577-578.
- Boe (2021)* Boe, Erik Magnus, «Lovforarbeid», *Store norske leksikon*, 29. oktober 2021, <https://snl.no/lovforarbeid> (lest 8. april 2022).
- Bratholm (1968)* Bratholm, Anders, «Juridiske og politiske synspunkter på «hjemforsikringsaken», *Lov og Rett* (1968) nr. 3 side 114-126.
- Bull (2017)* Bull, Thomas, «Rollbyten inom rättsväsendet – jäv eller mångsidig kompetens; ett domarperspektiv», *Det 41 Nordiska Juristmötet*, (avholdt i Helsinki 24.-25. august 2017, publisert 2018), side 353-367.
- Christensen (2020)* Christensen, Steinar Winther, «Inhabile dommere?», *Klassekampen*, 31. oktober 2020.
- Danziger m.fl. (2011)* Danziger, Shai, Levav, Jonathan og Avnaim-Pesso, Liora, «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences* (2011) nr. 17 side 6889-6892.
- Grendestad m.fl. (2012)* Grendestad, Gunnar; Shaffer, William R.; Waltenburg, Eric N., «Ideologi og grunnholdninger hos dommerne i

- Norges Høyesterett», *Lov og Rett* (2012) nr. 4 side 240-253.
- Grendestad og Skiple (2021)* Grendestad, Gunnar; Skiple, Jon Kåre, «Tilfeldighetsprinsippet i Norges Høyesterett – fordelingen av saker mellom dommere og fordelingen av dommere på avdeling. En empirisk undersøkelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2021) nr. 1 side 46-76.
- Frøseth (2013)* Frøseth, Anne Marie, «Materiell koherens i formueretten generelt, og erstatningsretten spesielt», *Undring og erkjennelse*, Karl Harald Søvig m.fl. (red.), Fagbokforlaget (2013) side 141-151.
- Holtermann og Rytter (2021)* Rytter, Jens Elo og Holtermann, Jakob V. H., «Rettspolitikk», *De juridiske metoder*, Mikkel Jarle Christensen m.fl. (red.), Hans Reitzels forlag (2021) side 237-270.
- Hylland (2009)* Hylland, Aanund, «Hva bør gjøres når svært mange høyesterettsdommere er inhabile?», *Lov og Rett* (2009) nr. 2 side 112-118.
- Imsen (2019)* Imsen, Steinar, «Konflikt og konfliktløsning i den gammelnorske staten», *Collegium Medievalen* (2019) nr. 2 side 31-57.
- Kjønstad (1992)* Kjønstad, Asbjørn, «Er Høyesterett statsvennlige?», *Lov og Rett* (1999) nr. 2 side 97-122.
- Kolsrud (2019)* Kolsrud, Ketil, «Skoghøy: - Jeg er sjokkert», *Rett24.no*, 4. november 2019 <https://rett24.no/articles/skoghoey--jeg-er-sjokkert> (lest 23. februar 2022).
- Lindhagen (2021)* Lindhagen, Adam, «Justitia», Store norske leksikon, 9. juli 2021, <https://snl.no/Justitia> (lest 8. oktober 2021).

- Mégret (2011)* Mégret, Frédéric, «International Judges and Experts' Impartiality and the Problem of Past Declarations», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2011) nr. 10.
- Meron (2005)* Meron, Theodor, «Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals», *The American Journal of International Law* (2005) nr. 2.
- Mæhle (2015)* Mæhle, Synne Sæther, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2015) nr. 2 side 126-157.
- Nadim (2013)* Nadim, Morten, «Er Høyesterettsdommere politisk farget? – En undersøkelse av 17 dommerses votum i dissenssaker», *Lov og Rett* (2013) nr. 1 side 655-671.
- Ryggvik m.fl. (2020)* Ryggvik, Helge; Smith-Solbakken, Marie; Tollaksen, Tor Gunnar, «Norsk oljehistorie», Store norske leksikon, 2. mai 2020, https://snl.no/Norsk_oljehistorie (lest 10. mars 2022).
- Rytter (2021)* Rytter, Jens Elo, «Prinsipper og grundsætninger i retten», *De juridiske metoder*, Mikkel Jarle Christensen m.fl. (red.), Hans Reitzels forlag (2021) side 137-157.
- Sandgren (2004)* Sandgren, Claes, «Om teoribildning och rättsvetenskap», *Juridisk Tidsskrift* (2004) nr. 2 side 297-333.
- Schei (2011)* Schei, Tore, «Har Høyesterett en politisk funksjon?», *Lov og Rett* (2011) nr. 6 side 319-355.

- Schmidt (2020)* Nina Schmidt, «Klimasaken: Reagerer på habilitetsavgjørelse», *Advokatbladet* 4. november 2020 <https://www.advokatbladet.no/klima--og-miljorett/klimasaken-reagerer-pa-habilitetsavgjorelse/155187> (lest 24.01.22).
- Seip (1965)* Seip, Jens Arup, «Den norske høyesterett som politisk organ», *Lov og Rett* (1965) nr. 1 side 1-21.
- Settem (2021)* Settem, Ola Johan, «Skal miljøengasjement vera ein inhabilitetsgrunn? – Ein kritisk analyse av habilitetsavgjerda i klimasøksmålet», *Lov og Rett* (2021) nr. 8 side 481-501.
- Shaman (1996)* Shaman, Jeffrey, «The impartial judge: detachment or passion?», *The De Paul Law Review* (1996) nr. 3 side 605-632.
- Skoghøy (2010)* Skoghøy, Jens, «Dommeratferd og dommerbakgrunn. Særlig om yrkesbakgrunnens betydning for utfallet av tvister mellom private og det offentlige», *Festskrift till Torgny Håstad, Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller* (red.), Iustus Förlag (2010) s. 711-726.
- Skoghøy (2009a)* Skoghøy, Jens, «Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett», *Lov og Rett* (2009) nr. 6 side 324-341.
- Skoghøy (2009b)* Skoghøy, Jens, «Ankesiling og begrunnelse», *Lov og Rett* (2009) nr. 3 side 129-130.
- Skoghøy (2003)* Skoghøy, Jens, «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («ne bis in idem»)», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2003) nr. 1 side 1-39.

- Skåre (1997)* Skåre, Jan, «Høyesteretts sammensetning», *Lov og Rett* (1997) nr. 8 side 499-504.
- Sunde (2020)* Sunde, Jørn Øyrehagen, «Gulatingslova», Store norske leksikon, 12. februar 2020, <https://snl.no/Gulatingslova> (lest 11. oktober 2021).
- Svartdal (2020)* Svartdal, Frode, «Persepsjon», Store norske leksikon, 27. november 2020, <https://snl.no/persepsjon> (lest 6. oktober 2021).
- Tande (2011)* Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner* (2011) nr. 1 side 1-36.
- Aarbakke (1965)* Aarbakke, Magnus, «Kutymen som rettskilde», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (1965) side 432-273.
- Aarli (2021)* Aarli, Ragna, «Uavhengighet og upartiske domstoler og dommere», *Jussens Venner* (2021) vol. 56 side 193-239.

Guider og retningslinjer

Den europeiske menneskerettsdomstolen og Europarådet, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)*, sist oppdatert 31. august 2021. Tilgjengelig på: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf.

Den norske Dommerforening, Teknas etatsforening for jordskifterettene og Domstoladministrasjonen, *Etiske prinsipper for dommeratferd*, ikke datert. Tilgjengelig på: <https://www.domstol.no/straffesak/aktorene-i-retten/dommere/etiske-prinsipper-for-dommeratferd/>.

Deutscher Richterbund, *Judicial Ethics in Germany*, ikke datert. Tilgjengelig på: <https://www.drj.de/positionen/themen-des-richterbundes/ethik>.

Annet

Anonym, «Dommaranes nei», domstol.no. Tilgjengelig på: <https://www.domstol.no/enkelt-domstol/hoyesterett/nyhet/2020/21.-desember-1940/> (lest 8. mars 2022).

Anonym, «Wiersholm bistår Eni», wiersholm.no. Tilgjengelig på: <https://wiersholm.no/transaksjoner/wiersholm-bistar-eni> (lest 10. oktober 2021).