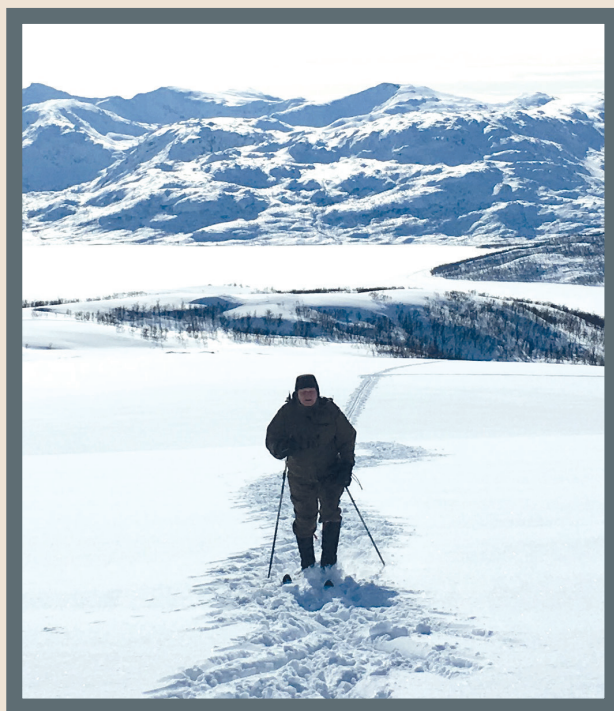


LIE | STEINSVIK | MAGNUSSEN
SOLHEIM | ERIKSEN | PEDERSEN
RAVNA | FALKANGER (red.)



VIDSYN OG SKJØNN

Festskrift til

JENS EDVIN A.
SKOGHØY



Universitetsforlaget



Foto: Høyesterett/Sturlason

*Markus Hoel Lie, Kine Steinsvik, Roger Stelander Magnussen,
Stig Solheim, Gunnar Eriksen, Jussi Erik Pedersen, Øyvind Ravna og
Aage Thor Falkanger (red.)*

VIDSYN OG SKJØNN

FESTSKRIFT TIL JENS EDVIN A. SKOGHØY
PÅ 70-ÅRSDAGEN 16. FEBRUAR 2025

Universitetsforlaget

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget, Oslo 2025

ISBN 978-82-15-06741-4

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Takk til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø – Norges arktiske universitet for å ha betalt for trykking av boken.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Foto på omslag: Tage Brigt A. Skoghøy. Bildet er fra en nydelig påsketur i 2016. Jens Edvin befinner seg nesten nøyaktig 70 grader nord på bildet, i kjent stil på skitur fra hytta i Tennvasslia opp mot Slettfjellet/Tverrfjellet. I bakgrunnen ser vi Skogsfjordvatnet. Skisporene stammer fra min bror, Jens Christian, som tok jobben som «hare» opp mot Slettfjellet/Tverrfjellet.

Omslag: ottaBOK

Sats: ottaBOK

Trykk og innbinding: Merkur Grafisk AS

Boken er satt med: Adobe Garamond Pro 11/14

Papir: 100 g Arctic Matt



Tabula gratulatoria

Norges Høyesterett

Toril Marie Øie
Hilde Indreberg
Bergljot Webster
Wilhelm Matheson
Aage Thor Falkanger
Ragnhild Noer
Henrik Bull
Per Erik Bergsjø
Arne Ringnes
Wenche Elizabeth Arntzen
Ingvald Falch
Espen Bergh
Cecilie Østensen Berglund
Borgar Høgetveit Berg
Erik Thyness
Kine Elisabeth Steinsvik
Knut Erik Sæther
Thom Arne Hellerslia
Are Stenvik
Eyvin Sivertsen
Christian Lund
Bente J. Kraugerud

A

Mads Bryde Andersen
Per Conradi Andersen
Finn Arnesen
Johan Greger Aulstad

B

Lena Bendiksen
Gunnar Bergby
Lars Magnus Bergh
Camilla Bernt
Arve Martin Hyldmo Bjørnvik
Bjørnar Borvik
Karin M. Bruzelius og
Inge Lorange Backer
Tore Bråthen
Yngve Bustnesli
Johan Bärlund

C

CMS Kluge Advokatfirma

D

Irene Dahl
Det juridiske fakultet, UiT Norges
arktiske universitet
Domstoladministrasjonen

E

Thomas Eeg
Magni Elsheim
Lisa Mattea Elvevold
Roald M. Engeness
Gunnar Eriksen
Stein Evju

F

Thor Falkanger
Per Racin Fosmark
Halvard Haukeland Fredriksen
Magne Frostad

G

Johan Giertsen

H

Kristine Gullhav Hansen
Trude Haugli
Martin Hennig
Maria Astrup Hjort
Ane Hoel
Eirik Holmøyvik
Hålogaland lagmannsrett
Juha Häyhä
Alf Petter Høgberg
Advokatfirmaet Haagenes &
Bakkellund
Torgny Håstad

I

Torsten Iversen

J

Christina Jensen
Johnny Johansen

K

Theodor Karlsen
Anine Kierulf og Rune Slagstad
Gert Johan Kjølby
Berte-Elen Konow
Knut Kaasen

L

Markus Hoel Lie
Mons Lie
Stefan Lindskog
Tore Lunde

M

Roger Stelander Magnussen
Gert-Fredrik Malt
Hans Fredrik Marthinussen
Gjermund Mathisen
Magnus Matningsdal
Johannes Lundeby Mella
Ola Mestad
Silje Karine Muotka
Henry John Mæland

N

Jon Christian Fløysvik Nordrum
Erik Nordtveit
Ernst Nordtveit
Anna Nylund

P

Jussi Erik Pedersen

R

Øyvind Ravna
Regjeringsadvokatembetet
Michael Reiertsen
Advokatfirmaet Rekve Pleym & co
Jon Petter Rui
Erik Røsæg

S

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Kirsten Sandberg
Tore Schei
Randi Sigurdson
Stig H. Solheim
Ande Somby
Ingvild Stock-Jørgensen og Frode Stock
Asbjørn Strandbakken
Magne Strandberg
Eirik Wold Sund
Rune Sæbø
Karl Harald Søvig

T

Arne Tjaum
Runar Torgersen
Amund Bjøranger Tørum

V

Tonje Vang

W

Geir Woxholth
Christian Fr. Wyller

Ø

Brynjar Østgård
Advokatfirmaet Østgård DA
Olav Marius Øyehaug
Ørnulf Øyen

Å

Mattias Åhren
Øistein Aamodt
Ragna Aarli
Gjermund Aasbrenn

Innhold

TABULA GRATULATORIA	V
JENS EDVIN A. SKOGHØY 70 ÅR <i>Kine Steinsvik</i>	I
GENERELL FORMUERETT	II
HELT SOM ALLE ANDRE? <i>Finn Arnesen</i>	13
UTVIKLINGEN AV KAPITALREGLENE I AKSJELOVEN AV 1997 <i>Tore Bråthen</i>	21
VI MÅ GÅ FORSIKTIG, DET ER MEGET VIKTIG <i>Lisa Mattea Elvevold</i>	50
PRECARIOBEGREPET I RETTSHISTORISK BELYSNING <i>Gunnar Eriksen</i>	65
REFLEKSJONER OM REVISJON AV ENTREPRISEKONTRAKTER <i>Theodor Karlsen, Arve Martin Hyldmo Bjørnvik og Johnny Johansen</i>	76
FORHOLDET MELLOM LOVFESTEDE OG ULOVFESTEDE FULLMAKTSREGLER <i>Markus Hoel Lie</i>	93
NÅGOT OM PARTS VALRÄTT VID ALTERNATIVT RÄTTIGHETSINNEHÅLL <i>Stefan Lindskog</i>	110

ANSVAR FOR ENHVER PRIS? FORMUERETTS- LIG PRAGMATISME I LYS AV BORI-DOMMENE	129
<i>Sverre Magnus Bergslid Salvesen</i>	
PANTERETT	147
SAMPANTSPØRSMÅL – INTER PARTES OG I FORHOLD TIL TREDJEPERSON	149
<i>Thor Falkanger</i>	
OM TIDSPUNKTET FOR BORTFALL AV PANTERETTEN VED RETTMESSIG SALG AV LØSØRE SOM INNGÅR I ET DRIFTSTILBEHØRS- ELLER VARELAGERPANT	165
<i>Hans Fredrik Marthinussen</i>	
PANTSETJING AV RETT TIL RESSURSUTNYTTING ELLER NÆRINGSVERKSEMD PÅ GRUNNLAG AV OFFENTLEGE LØYVE	181
<i>Ernst Nordtveit</i>	
PANTSETTING PÅ SOKKELEN	210
<i>Erik Røsæg</i>	
OM AVTALT MOTREGNINGSRETT OG PANTERETT I EGEN GJELD	233
<i>Rune Sæbø</i>	
SIVILPROSESS	245
KONKURRANSEKLAGENEMNDA – EN SÆRDOMSTOL UTEN DOMSTOLENES PROSESSREGLER	247
<i>Per Conradi Andersen og Gjermund Mathisen</i>	
SØKSMÅLSFRISTER	267
<i>Inge Lorange Backer</i>	
ENDELEG OG BINDANDE VERDSETJING	288
<i>Borgar Høgetveit Berg</i>	

Sakkyndigbevis i barnesaker. Mye diskutert og lite utforsket	303
<i>Camilla Bernt</i>	
Høyesteretts kompetanse etter skjønnspørvebrenn § 38	
– overprøving av overskjønn	320
<i>Kristine Gullhav Hansen</i>	
Partsevne – om systematikk og kategorier	339
<i>Maria Astrup Hjort</i>	
Når kan retten redusere godtgjørelsen til	
partens prosessfullmektig?	355
<i>Christina Jensen</i>	
Prosessuell ekstinksjon	372
<i>Roger Stelander Magnussen</i>	
Søksmål av «generell karakter» – søksmålsadgangen i kjølvannet	
av HR-2021-417-P (ACER I)	423
<i>Jussi Erik Pedersen</i>	
Beviskrav i sivile saker: nye europeiske modellregler	440
<i>Magne Strandberg</i>	
Retten fastsetting av erstatning for sakskostnader ved	
utenrettslig forlik	456
<i>Ørnulf Øyen</i>	
Høyesteretts ankeutvalgs kompetanse til å avsi dom i sivile saker . . .	470
<i>Gjermund Aasbrenn</i>	

STRAFFERETT, STRAFFEPROSESS OG MENNESKERETTIGHETER	489
ADMINISTRATIVE SANKSJONER, STRAFF OG FORBUDET MOT GJENTATT STRAFFEFORFØLGNING. ER DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOLEN «STATSVENNLI» I SIN TOLKNING AV <i>NE BIS IN IDEM</i> -PRINSIPPET?	491
<i>Martin Hennig</i>	
NOEN TOLKNINGSSPØRSMÅL VED ILEGGELSE AV STRAFFANSVAR ETTER SPESIALLOVGIVNINGEN	524
<i>Alf Petter Høberg</i>	
DOUBLE JEOPARDY – EN GODT SKJULT OG DELVIS MISFORSTÅTT BESTEMMELSE OM SKJERPET STRAFF VED GJENTAKELSE	545
<i>Magnus Matningsdal</i>	
EKSPORT AV FAMILIEYTELSER, EUs TRYGDEFORORDNING OG GJENÅPNING AV STRAFFEDOMMER MED RETTSANVENDELSESFEIL	562
<i>Henry John Møland</i>	
FORBRYTELSE SKAL IKKE LØNNE SEG. OM POTENSIALET I STRAFFELOVENS REGLER OM INNDRAGNING AV UTBYTTE FRA STRAFFBAR HANDLING	578
<i>Jon Petter Rui</i>	
SIVIL ULYDIGHET OG STRAFF	594
<i>Stig H. Solheim</i>	
OM SIKTELSE AV DØDE	617
<i>Runar Torgersen</i>	
FRA JURY TIL MEDDOMSRETT. ER VI KOMMET I MÅL?	631
<i>Tonje Vang</i>	

STATSRETT OG FORVALTNINGSRETT	657
LEGALITETSPRINSIPPET FØR OG ETTER GRUNNLOVEN § 113	659
<i>Johan Greger Aulstad</i>	
REGLER FOR EN UVÆRS DAG – NOEN AV DE RETTSLIGE RAMMENE FOR EKSTRAORDINÆRE SIKKERHETSPOLITISKE SITUASJONER	677
<i>Magne Frostad</i>	
DOMMARANES INTERNE SJØLVSTENDE OVERFOR DOMSTOLSLEIAR	699
<i>Eirik Holmøyvik</i>	
FORVALTNINGSREVISJON AV UAVHENGIGE DOMSTOLER	717
<i>Jon Christian Fløysvik Nordrum</i>	
HAVNEKASSEN – EN SÆRLIG BESKYTTET FORMUESMASSE	741
<i>Brynjar Østgård</i>	
HR-2019-273-A <i>TRAVKUSK</i> -DOMMEN – NÆRMERE OM MERVERDIAVGIFTSRETTENS OMSETNINGSBEGREP, FORVALTNINGSPRAKSIS, LIKEBEHANDLING SAMT EU-/EØS-RETTENS VEKT	760
<i>Øistein Aamodt</i>	
URFOLKSRETT	781
VIL ET INNGREP MED ‘STORE NOK’ KONSEKVENSER KUNNE KRENKE SP ARTIKKEL 27 SELV OM URFOLKET KONSULTERES OG GIR SITT SAMTYKKE? ...	783
<i>Øyvind Ravna</i>	
EN ALTERNATIV METOD FÖR ATT AVGÖRA OM HISTORISKT SAMISKT BRUK AV LAND ETABLERAT RÄTT	800
<i>Mattias Åhren</i>	

PERSPEKTIVER	819
VILKEN ÄR HÖGSTA DOMSTOLENS PRIMÄRA UPPGIFT?	821
<i>Torgny Håstad</i>	
SIVILPROESSRETT, PARADIGMER OG RETTSSTATSPRINSIPPER	834
<i>Anna Nylund</i>	
JURIDISK METODE OG LEDERSKAP I HOLSHIP-SAKEN	850
<i>Michael Reiertsen</i>	
GRUNNLOVEN SOM RETTSLIG MEDIUM	861
<i>Ande Somby</i>	
OM DOMMERENS RETT TIL Å TA DISSENS I KOMPARATIVT PERSPEKTIV	870
<i>Ragna Aarli</i>	
BIBLIOGRAFI, JENS EDVIN A. SKOGHØY	888
UTVALGSARBEID	896

Jens Edvin A. Skoghøy 70 år†

Jens Edvin A. Skoghøy fyller 70 år den 16. februar 2025. Bak seg har han en usedvanlig imponerende karriere fra han var ferdig utdannet jurist i 1980 og fram til i dag; som advokat, forsker, forfatter, underviser og høyesterettsdommer.

Jens Edvin vokste opp på et småbruk ved Skogsfjordvatnet på Ringvassøya, et stykke nedenfor bruket Tennvassli som var anlagt av besteforeldrene. De hadde kommet dit som nybrottsfolk rundt 1900. I et minneord som sto på trykk i avisa Tromsø 13. oktober 1953 etter bestefarens bortgang, het det at Tennvassli sto igjen som et «minnesmerke over de to strevsomme og dyktige avdøde og en frukt av det slit og den nøysomhet som de baserte sitt liv på». Veiforbindelse kom først i slutten av 1930-årene.

Gårdsgutten Jens Edvin vokste opp sammen med foreldre og fire søsken. Familien tilhørte den læstadianske menigheten som soknet til bedehuset ved Skogsfjordvatnet på Ringvassøya. Begge foreldrene hadde samiske røtter. Moren var halvt samisk og halvt finsk. Hun var oppvokst på Skorpa i Kvænangen, og hadde kommet til Ringvassøya som tjenestejente. Hennes samiske bakgrunn ble kjent for Jens Edvin først etter hennes bortgang. Jens Edvin er meget stolt av sine samiske røtter.

Oldefaren på morssiden, Nils Persen Bals, var en driftig kar. I 1898 utvandret han fra Kautokeino til Alaska sammen med en gruppe reindriftsutøvere på oppdrag fra amerikanske myndigheter. Med seg hadde de om lag 500 rein. Reisen over Atlanterhavet gikk med dampskipet Manitoba, og utgiftene ble dekket av amerikanerne. Formålet var å lære inuittbefolkningen tamreindrift og dermed sikre inuittene et nytt levebrød etter at hvalbestanden var redusert som følge av industriell fangst. Nils Persen Bals slo seg opp i Amerika. Ved sin død etterlot han seg en arv som ankom Skorpa i Kvænangen på 1920-tallet, og visstnok reddet morsslekten fra fattigdom.

Hjemlassen og gården Tennvassli ligger fortsatt Jens Edvins hjerte nær. Etter at han overtok det tidligere familiebruket i 1985 fra en onkel, benytter han enhver anledning til å reise dit. Foruten ørretfiske og vedhugst, har mye tid gått med til vedlikeholds- og ombyggingsarbeider på eiendommen – utført av Jens Edvin selv. Venner som har vært på besøk, beskriver han som en meget dyktig håndverker innen flere grener. Stedet er et viktig samlingssted for familien med barn og barnebarn. Venner og kolleger inviteres

† Takk til tidligere høyesterettsdommer Magnus Matningsdal og dekan Tore Henriksen for innspill til biografien.

også hyppig på besøk. En og annen juridisk artikkel, lærebok eller et domsutkast har sikkert også blitt til på den selvbygde «arbeidssstua» på loftet i den ombygde fjøsen. Det er slett ikke sikkert at forfedrene som i sin tid ryddet bruket, forutså det.

Jens Edvin avla eksamen artium ved økonomisk linje på Tromsø gymnas i 1974. For å finansiere skolegangen måtte han jobbe. I løpet av gymnasårene jobbet han både som hjelpegutt på en restaurant i Tromsø og i fiskeindustrien.

Jens Edvin valgte økonomilinja fordi han var usikker på om han ville klare å finansiere videre studier. Med økonomifaget kunne han kanskje få jobb rett etter gymnaset. Men ordningene i Statens lånekasse for utdanning gjorde det likevel mulig å studere, og etter skolegangen i Tromsø gikk veien videre til jusstudier ved Det juridiske fakultet i Oslo. Jens Edvin vurderte visstnok opprinnelig økonomistudier i Bergen, men han hadde hatt rettslære som valgfag, og faget hadde fanget hans interesse. Tilfeldighetene skulle ha det til at kontaktene han hadde fått mens han arbeidet i fiskeindustrien også viste seg å kunne hjelpe til med å skaffe tak over hodet i hovedstaden.

Det var ingen selvfølge for en ungdom med Jens Edvins bakgrunn å sette kursen mot hovedstaden for å ta høyere utdanning. Han var den første i sin slekt som gjorde det. Men skoleårene i Tromsø bekreftet at han hadde gode akademiske forutsetninger, og ettertiden har utvilsomt vist at han hadde evnen til å gå sine egne veier.

En stund etter studiestart banket det på døren til studenthybelen. Der sto daværende høyesterettsdommer Trygve Leivestad, som selv var fra Tromsø og hadde vært lagmann i Hålogaland lagmannsrett. Han kjente Jens Edvins onkel i Tennvasslia, og inviterte den unge jusstudenten ut på middag. De to utviklet et nært og langvarig vennskap.

Allerede under studietiden skrev Jens Edvin sine første juridiske artikler. I *Lov og Rett* 1978/7 publiserte han artikkelen «Bo- og driveplikt som betingelse for konsesjonsfrihet ved erverv av fast eiendom». Det skulle bli flere fagartikler. I skrivende stund har Jens Edvin publisert 91 fagartikler i ulike norske tidsskrifter.

Jens Edvin avla juridisk embetseksamen ved Universitetet i Oslo i 1980 med strålende resultater. Samme år fikk han jobb som dommerfullmektig i Tromsø. I Tromsø byretts dom 16. februar 1981, inntatt i RG-1981-979, får vi et tidlig glimt av Jens Edvins dommergjerning. Saken gjaldt omstøtelse i konkurs og reiste blant annet spørsmål om en betaling ved bruk av debtors kassekreditt, kunne omstøtes på subjektivt grunnlag. Rettsoppfatningen om at det måtte etableres et tapsvilkår for omstøtelse, ble senere lagt til grunn av Høyesterett i Rt-1995-259. Foruten det konkursrettslige spørsmålet i saken, vurderte den ferske dommerfullmektigen også om konkursboet hadde søksmålskompetanse. Av premissene fremgår det – i et obiter – at byretten på dette punkt ikke kunne legge avgjørende vekt på flertallsuttalelsene i Høyesteretts dom i Rt-1908-899:

«Det dreier seg her om uttalelser fra 4 av 7 voterende, og heller ikke for disse 4 var uttalelsene nødvendige for resultatet. Dertil kommer at disse uttalelsene har vært ansett som uriktige i den juridiske teori, jfr. Bech: Konkurslovgivningen med kommentar og domsutdrag, 2. utg. (1928), 44 med tilslutning av Brækhus, 1. c. 155 note 56.»

En kime til selvstendighet kan altså spores fra start.

Høsten 1981 var Jens Edvin ansatt som sekretær for Straffelovkommisjonen, den gang under ledelse av Anders Bratholm. Han har senere ledet og deltatt i en rekke viktige lovutvalg innenfor flere rettsområder. Han var medlem i Samerettsutvalgets folkerettsgruppe som avga NOU 1997: 5 Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett. I 1997–1999 ledet han Domstolstrukturutvalget som avga NOU 1999: 22. I 2001–2003 ledet han arbeidet med NOU 2003: 29 om Arealplaner og ekspropriasjons-erstatning. Han var også medlem i Kystfiskeutvalget for Finnmark (NOU 2008: 5) og deltok innledningsvis i utvalget som ble satt ned for å granske NAV-skandalen.

Etter en kort periode som forskningsstipendiat ved Nordisk institutt for sjørett ved Universitetet i Oslo høsten 1982 utga han boken «Innføring i mannskapsrett», som omhandler arbeidsrettslige forhold for sjømenn.

Fra 1983 til 1987 var Jens Edvin privatpraktiserende advokat i Tromsø. Som en av de siste som besto det opprinnelige kravet om tre prøvesaker for Høyesterett, fikk han møterett i 1988, 32 år gammel. Han førte senere ytterlige fem saker for Høyesterett som advokat.

I den første prøvesaken representerte Jens Edvin Karlsøy kommune i et erstatningssøksmål anlagt av et entreprenørfirma. Hjemkommunen ble frifunnet, jf. Rt-1985-1066. De to neste sakene førte Jens Edvin mot staten. Én gjaldt spørsmålet om erstatning for utgifter påført i forbindelse med ekspropriasjon, jf. Rt-1988-51 *Kvaløysletta*. Den andre – og mest kjente – var den såkalte Liturgisaken. Dommen er inntatt i Rt-1987-473. Saken reiste spørsmål om en kongelig resolusjon som innførte en ny høymesseliturgi i tre nordnorske menigheter var i strid med kirkeordningsloven § 32 b, som fastsatte at menighetsmøtet «avgjør alle saker ... om innføring av ny, godkjent salmebok og liturgi». Saken er et sjeldent eksempel på en rettstvist for Høyesterett om kompetansefordelingen mellom den lovgivende og den utøvende makt.

Jens Edvin hadde allerede i 1981 publisert en artikkel i Luthersk Kirketidende med tittelen «Hvem bestemmer hva i forbindelse med innføring av ny liturgi i Den norske kirke?». I artikkelen konkluderte han med at høymesseliturgien av 1977 var ulovlig innført siden de lokale menighetene ikke var gitt rett til å velge mellom ny og gammel liturgi. Artikkelen ledet til at han ble engasjert som prosessfullmektig for å føre saken på vegne av menighetene.

Saken endte med tap, selv om flere har omtalt Jens Edvins advokatprestasjon som helt enestående. Høyesterett kom til at kirkeordningsloven måtte tolkes i lys av Grunnloven § 16, og at innføringen av ny liturgi etter denne bestemmelsen lå til Kongens prerogativ. Hvordan var det å stå i skranken som prøveadvokat i liturgisaken? Dette svarte Jens Edvin på i et intervju til Advokatbladet i 2018:

«Jeg følte jeg stod i konstant motvind i tre dager, sier Skoghøy – med klar adresse til dommernes intrikate spørsmål til prøvekandidaten.»

Arbeidet med liturgisaken ble likevel ikke avsluttet med dette. Jens Edvin arbeidet videre med de prinsipielle spørsmålene saken hadde reist, og i 1989 utga han boken «Konge, Rikskirke og lokalmenighet – Om Kongens forfatningsmessige stilling innenfor Den norske kirke – særlig i konfesjonelle og rituelle spørsmål». I forordet klargjorde han at boken på mange måter ville fremtre som «et kampskrift for større selvbestemmelsesrett for kirkelige organer og de enkelte lokalmenigheter i spørsmål som har med gudstjeneste og kirkens tro å gjøre, enn det som har vært lagt til grunn i tradisjonell statsrettsteori». I John Egil Bergems anmeldelse av boken i Lov og Rett 1991/5 fremholdt han at Jens Edvin til tross for utgangspunktet, likevel hadde levert noe langt mer enn et partsinnlegg. Boken ga et viktig bidrag til forståelsen av grunnleggende forfatningsrettslige og kirkerettslige problemstillinger.

De første jusstudentene ved Universitetet i Tromsø ble tatt opp høsten 1984. Utfordringen da som nå, var å rekruttere til vitenskapelige stillinger. Det ble gjort et stort arbeid med å få tak i kvalifiserte kandidater for ansettelse. Så kom den positive overraskelsen, Jens Edvin tok selv kontakt med universitetet og sa seg interessert.

Derfra gikk alt fort. Han fikk et professorstipend årsskiftet 1987/1988, og disputerte allerede etter to år i 1990 med avhandlingen «Factoringpant». Med dette hadde Jens Edvin skrevet historie. Factoringpant var den første doktoravhandlingen i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø – en begivenhet som ble markert med universitetsrektor Ole D. Mjøs til stede. Siden Jens Edvin allerede hadde en rekke sentrale publikasjoner på dette tidspunkt, ble han utnevnt til professor samme år.

I en alder av 35 år hadde Jens Edvin altså rukket å bli både professor i rettsvitenskap og advokat med møterett for Høyesterett. I tillegg var han gift og far til fem. Dette vitner fremfor alt om hans enorme arbeidskapasitet, effektivitet og gjennomføringsevne.

Som første dr.jur. og første professor i rettsvitenskap ved UiT, ble det Jens Edvins oppgave å lede Institutt for rettsvitenskap i perioden 1989–1995, for deretter å fylle rollen som dekan ved opprettelsen av Det juridiske fakultet høsten 1997. Han var dekan frem til han i 1998 ble utnevnt som dommer i Norges Høyesterett.

I alle år – også i tiden som høyesterettsdommer – har Jens Edvin vært en uvurderlig ressurs for fakultetet i Tromsø. Han holdt kontakten med fakultetet gjennom å forelese, veilede masterstudenter, bedømme doktorgrader og vurdere tilsetting i vitenskapelige stillinger, sensurere og lage eksamensoppgaver og å produsere pensumlitteratur. Jens Edvins bidrag med å veilede og bedømme utallige doktorgradsstudenter, har hatt avgjørende betydning for rekrutteringen til faste vitenskapelige stillinger ved fakultetet. Hans utforming av utallige eksamensoppgaver og sensorveiledninger, må også nevnes. Samlet sett er nok Jens Edvin en av de fagpersonene som har lagt ned den betydeligste innsatsen for juristutdanningen i Nord-Norge.

I hele sin karriere har Jens Edvin vært en svært produktiv rettsforsker. Hans bidrag til å berike og utvikle rettsvitenskapen er ekstraordinær. Forskerkollegaer fremhever særlig den unike kombinasjonen av bredde og dybde i Jens Edvins forskning. Han har spesialkompetanse i en rekke formuerettslige fag, prosessrett, strafferett, menneskerettigheter og rettskildelære. Den faglige kompetansen og Jens Edvins faglige omdømme i det juridiske miljøet har også betydd enormt mye for byggingen og utviklingen av fakultetet.

Jens Edvins første rettskildeteoretiske arbeid kom med artikkelen «Rett, politikk og moral», trykket i Tidsskrift for Rettsvitenskap i 1994. I artikkelen systematiserte han rettskildelæren på en noe annen måte enn det som hadde vært vanlig i rettskildelitteraturen, med et særlig fokus på hva som «autoriserer» de ulike rettskildene. Året etter tilbakekomsten til academia i 2017 utga han boken «Rett og Rettsanvendelse». Ny utgave kom i mars 2023. Boken regnes allerede som et standardverk i metodelære.

Av sentrale teoretiske arbeider innenfor formueretten må arbeidene innenfor panterett fremheves. Doktorgraden om factoringpant er allerede nevnt. I 1995 utga han «Panteloven med kommentarer», som senere har kommet i flere utgaver. I 2004 kom læreboken «Panterett», som løpende holdes oppdatert, sist gjennom utgivelse av 5. utgave i 2021. Ved årsskiftet 2022/2023 utga han boken «Rettighetsovergang og kolliderende rettsserverv – lærebok i dynamisk formuerett». I september 2024 kom førsteutgaven av «Norsk ekspropriasjonsrett».

Innenfor sivilprosessen har han publisert både lærebøker og innføringsbøker, men det er nok standardverket «Tvisteløsning» som vil bli stående som hans viktigste bidrag til rettslitteraturen. Det gjelder uavhengig av om man vurderer verket fra et rettsvitenskapelig eller praktisk ståsted. Det er sagt om boken, med sine 1460 sider, at man kommer langt i sivilprosessen både som praktiker og student, ved å studere innholdsfortegnelsen alene. Og setter man seg nøye inn i bokens systematikk og overskrifter, er man halvveis utlært i faget. Førsteutgaven av verket kom i 1998, og foreløpig siste og fjerde utgave kom i 2022.

Legger man til bøkene i kirkerett, strafferett, mannskapsrett og ulike lovkommentarer, fremtrer det som klart at Jens Edvins forfatterskap har en bredde og variasjon uten sidestykke i norske rettsforskning.

Et gjennomgående trekk med Jens Edvins mange teoretiske arbeider er at de er ment å dekke flere formål. Dette trekker han selv frem i flere av forordene. Bøkene er ment som lærebøker for studenter, håndbøker for praktikere og rettsvitenskapelige arbeider. Det er vekselvirkningen mellom Jens Edvins omfattende praktiske erfaring fra rettslivet og hans evne til systematisering og analyse som muliggjør dette.

Den 30. januar 1998 ble Jens Edvin utnevnt som dommer i Norges Høyesterett, 42 år gammel. De neste to tiårene skulle han markere seg som en faglig meget sterk, selvstendig og uavhengig dommer. Med sin nordnorske og samiske bakgrunn bidro han dessuten til Høyesteretts uttrykte mål om en bredest mulig sammensetning, også ut fra bakgrunn og geografisk tilhørighet.

Ut over 1990-tallet gjorde menneskerettighetene for alvor sitt inntog i Høyesterett. Advokatene prosederte stadig oftere på menneskerettsbrudd, særlig på prosessrettens område som inneholdt bestemmelser om sektormonisme. Norge hadde også fått sine første domfellelser i EMD. Forholdet mellom norsk rett og EMK måtte klargjøres. Når Jens Edvins tid i Høyesterett skal oppsummeres i få ord, er det åpenbart hva som må trekkes frem; hans bidrag til internasjonaliseringen gjennom sitt syn på menneskerettighetens betydning og innvirkning på norsk rett.

Høyesterett la innledningsvis an en forsiktig linje i menneskerettslige spørsmål. I Rt-1994-610 *Bølgepapp* formulerte Høyesterett et klarhetsprinsipp som innebar at en norsk prosessregel bare kunne fravikes dersom den folkerettslige regelen var «tilstrekkelig klar og entydig». Etter vedtakelsen av menneskerettsloven tok det ikke lang tid før dette klarhetskravet ble utfordret.

I Rt-1999-961 *Rest-Jugoslavia* ble det prosedert på at tvistelovens regler om sikkerhetsstillelse for sakskostnader var i strid med EMK artikkel 6 og retten til domstolsbehandling. Det ble samtidig gjort gjeldende at klarhetsprinsippet i *Bølgepapp*-kjennelsen måtte forlates. Slik saken lå an, kunne den avgjøres uten at forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene ble satt på spissen. Den relativt nyutnevnte dommer Skoghøy valgte likevel som førstvoterende i saken, å klargjøre sitt syn på spørsmålet gjennom et helt prinsipielt utformet særvotum der han gikk inn for at klarhetsdoktrinen måtte forlates. Han viste til at det ville være i strid med både menneskerettslovens ordlyd og uttalelser fra Stortingets justiskomite fortsatt å operere med synspunkter om at den internasjonale regelen måtte være tilstrekkelig klar og entydig for å kunne gis forrang. De andre fire dommerne i saken holdt likevel fast ved klarhetsprinsippet under henvisning til *bølgepapp*-kjennelsen, men åpnet døren for kommende

nyanseringer. Rest Jugoslavia-kjennelsen med Jens Edvins særvotum, sto sentralt i plenumssaken Rt-2000-996 *Böhler*, der klarhetsdoktrinen ble endelig forlatt av en enstemmig Høyesterett i plenum.

I sin artikkel «Den nødvendige dissens», publisert i Jussens Venner 2014 side 162, drøfter Jens Edvin behovet for dissenser og særvota i Høyesterett. Han angir her fem grunner som kan tale for å dissentere eller avgi særvotum. Sitt særvotum i Rest-Jugoslavia-kjennelsen plasserer han i kategorien der en dissens eller et særvotum kan åpne for en fremtidig «omkamp» for domstolene.

Jens Edvin er kjent i det juridiske fagmiljøet for sine dissenser. Selv sier han, ofte med et lurt smil om munnen, at han bare har dissentert der det har vært nødvendig. Bak dette ligger at Jens Edvin har hatt en klar strategi bak sine dissenser og særvota. Å dissentere uten grunn har ifølge ham selv, ingen annen hensikt enn å få stadfestet hvordan rettstilstanden *ikke* er. Dissensene kan i dette perspektivet regelmessig spores tilbake til en av kategoriene han skriver om i sin artikkel.

En dissens med klar adresse til lovgiver, en annen kategori som kan begrunne dissens, er den vi finner i Rt-2008-65 *Gruppevoldtekt*. Saken gjaldt spørsmålet om oppreisningserstatning til ofre for gruppevoldtekt. Flertallet på fire dommere konkluderte med at fire domfelte gjerningsmenn heftet solidarisk for ett og samme normerte oppreisningsbeløp. Jens Edvin skrev i sin dissens at han fant resultatet «direkte støtende», og at den innebar at gjerningsmennene ble belønnet med en «kvantumsrabatt», uten at han kunne se noen grunner som talte for en slik løsning. Dommen fikk stor oppmerksomhet, og ved lov 21. juni 2017 nr. 91 ble skadeserstatningsloven § 3-5 endret. Det fremgår nå i bestemmelsens andre ledd at der flere i fellesskap har tilføyd krenkelser mv., kan det fastsettes separate krav om oppreisning for den enkelte ansvarlige.

Det er heller ikke vanskelig å finne dissenser som plasserer seg i de tre øvrige kategoriene som er omtalt i artikkelen; tilrettelegging for internasjonal overprøving, klargjøre grensetilfeller og ulikt syn på rettskildebruken. Dissensene i Rt-2004-1737 *TV Vest* og Rt-2011-1266 *Kildevern* er klare eksempler på dissenser skrevet med sikte på etterfølgende internasjonal overprøving. I begge sakene ble det senere konstatert krenkelse av EMK ved prøvingen i EMD.

Det er solid grunnlag for å si at Jens Edvins konklusjon i artikkelen – at dissenser og særvota ikke bare bidrar til å nyansere gjeldende rett, men også ofte representerer viktige ledd i rettsutviklingen – er gjennomført i hans dommervirke i praksis.

Avgåtte dommere blir ofte bedt om å trekke frem den viktigste saken fra sin tid i Høyesterett. Da Jens Edvin fikk dette spørsmålet av Advokatbladet i et intervju sommeren 2023, svarte han følgende:

«Det har vært så mange. Men hvis jeg skal trekke frem én, må det bli Selbu-saken, avsagt i Rt. 2001 s. 769. I plenum fikk vi til en dom som representerte et vendepunkt og en endring i synet på samiske rettigheter. Høyesteretts syn på samisk kultur har vært endret siden, sier Skoghøy.»

Jens Edvin deltok senere også i Fosen-saken, HR-2021-1975-S, der Høyesterett i storkammer for første gang avsa dom for at reindriftssamenes rett til kulturutøvelse etter FNs konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 var krenket ved utbyggingen av to vindkraftverk.

Med sin svært solide og brede fagkunnskap, selvstendighet og analytiske evner er det ingen tvil om at Jens Edvin spilte en viktig rolle i sine år som høyesterettsdommer, både gjennom sine mange prinsipielt utformede votum og etter hvert i rollen som rettsformann.

I 2016 søkte Jens Edvin avskjed fra sitt embete som dommer i Høyesterett og satte kursen hjemover til fakultetet i Tromsø. Der gjenopptok han sitt virke som professor til stor glede for academia ved UiT og for familien som over tid hadde hatt et ønske om å vende hjem til Tromsø. Men så overrasket Jens Edvin igjen. Allerede tre år senere søkte han seg tilbake til Høyesterett, og i april 2020 ble han utnevnt som høyesterettsdommer for andre gang.

Tiden i Høyesterett denne gangen ble kortere enn planlagt. I april 2023 ble det kjent at Jens Edvin ville søke avskjed fra embetet som dommer i Høyesterett med virkning fra 1. juli 2023. Han hadde da vært i studiepermisjon siden september 2022. Omstendighetene rundt avgangen er kjent og fikk betydelig oppmerksomhet i media. Selv har han beskrevet høsten 2022 som «sitt livs mareritt».

Det hører med til historien om Jens Edvins avgang fra Høyesterett at det ble inngått en avtale mellom Jens Edvin og Høyesteretts ledelse, som innebar at han skal holdes økonomisk skadesløs frem til ordinær pensjonsalder. Avtalen har vært omdiskutert. Noen konstitusjonelle spørsmål den reiser, er drøftet i en artikkel i dette festskriftet av professor Eirik Holmøyvik. Jens Edvin har selv uttrykt at for ham personlig var løsningen riktig, alle forhold tatt i betraktning. De konstitusjonelle spørsmålene får kanskje denne gangen ligge hos andre.

Noen ville kanskje tro at Jens Edvin etter avgangen fra Høyesterett ville trekke seg tilbake, skrive en artikkel nå og da og ellers ta livet med ro. Men ingen som kjenner Jens Edvin ville komme på å mistenke ham for noe slikt. Høsten 2023 tiltrådte Jens Edvin som advokat i Advokatfirmaet Kvale. Som del av firmaets avdeling for tvist og prosess, har han funnet seg godt til rette og bidrar med både omfattende fagkunnskap og erfaring. Han forteller selv at han stortrives med å være tilbake i advokatbransjen, og

ikke minst med det gode fagmiljøet i Kvale. At firmaet har avdelingskontor i Tromsø, ikke altfor langt fra Ringvassøya, er slettes heller ingen ulempe.

På vegne av redaksjonen og dine mange gode venner ønsker vi deg til lykke med 70-årsdagen og alt godt for mange kommende og produktive pensjonistår!

Kine Steinsvik

Generell formuerett

Helt som alle andre?

*Finn Arnesen**

1 Temaet

Betydningen av at en kontrakt har et lovstridig innhold er et spørsmål som kan være aktuelt i en rekke situasjoner. Utgangspunktet i norsk rett er, slik det formuleres i Rt. 1993 s. 312 Kierulf, at

«det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved en tolkning av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovrettedelsen får en slik virkning».¹

Spørsmålet jeg behandler i det følgende er om den omstendighet at en av avtalepartene er staten bør være et moment i vurderingen av hvilken virkning lovbruddet skal gis mellom partene.²

I noen tilfeller følger det av de aktuelle lovbestemmelsene selv hva konsekvensene av lovstriden er for avtalen, og ikke sjelden vil avtalen plassere risikoen for lovstrid der dette ikke følger av loven.³ Men det hender loven er taus, og der avtalen plasserer risikoen for den aktuelle lovstriden hos den ene eller den andre av kontraktspartene, kan plasseringen i seg selv reise gyldighetsspørsmål. Det er i første rekke i de tilfellene der den eller de lovreglene kontrakten er i strid med ivaretar andre interesser enn partsinteressene, at lovbruddets virkning for forholdet mellom partene kan være utfordrende å ta stilling til.

* Professor ved og leder for Nordisk institutt for sjørett ved Universitetet i Oslo. Artikkelen er fagfellevurdert.

1 Rt. 1993 s. 312 Kierulf, på s. 315.

2 Med «staten» sikter jeg til statlige myndigheter. I hvilken grad særskilte rettssubjekter som kommuner og selskaper helt eller delvis eiet av stat eller kommune må identifiseres med statlige myndigheter, lar jeg i denne omgang ligge.

3 For eksempel på slik regulering, se Knut Kaasen, *Tilvirkningskontrakter* (2018), s. 241 flg.

Uttalelsen i Rt. 1993 s. 312 Kierulf er fulgt opp og utviklet i en rekke avgjørelser, senest i HR-2023-2167-A Midt Gokstad Gård.⁴ Bortsett fra HR-2022-1120-A Veidekke, som vi kommer tilbake til, har etter det jeg har kunnet bringe på det rene de tvistene der Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet om hvilken betydning lovstridig avtaleinnhold skal tillegges mellom partene, vært tvister mellom private.

Utgangspunktet i norsk rett er at den omstendighet at staten er avtalepart, ikke bringer avtalen i noen annen stilling enn der avtalen er inngått mellom private.⁵ Forvaltningslovutvalget ser det slik at

«de privatrettslige avtalene [er] regulert av avtalerettslige prinsipper og tilgrensende regelverk, og det offentlige står i samme stilling som enhver annen som utøver privatautonomi. Det offentlige kan påberope seg rettigheter og plikter etter avtaleloven og eventuelt kjøpsloven, og prinsippene om avtalefrihet og formfrihet står sentralt».⁶

Det er likevel sikker rett at «staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk».⁷ Dette innebærer at handlefriheten også vil være «begrenset av en del offentligrettslige skranker, både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold».⁸ I hvilken grad, og i hvilket omfang disse skrankene kommer til anvendelse vil imidlertid bero på en konkret vurdering, der vurderingstemaet er i hvilken utstrekning forretningsdriften i realiteten innebærer offentlig forvaltning.⁹

Høyesteretts uttalelser om hvordan staten forventes å utøve sin private autonomi kan lede oss til å anta at det er utenkelig at staten på avtalerettslig grunnlag skal kunne sanksjonere kontraktsparten for å bryte kontraktplikter det ikke er adgang til å pålegge. Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1120-A Veidekke, viser imidlertid at det er det ikke. Slik saken var skåret til, var spørsmålet for Høyesterett om brudd på kravet i byggherreforskriften om at byggherren, under planlegging og prosjektering skal ivareta sikkerhet,

4 Se for øvrig Geir Woxholth, *Avtalerett*. 11. utg. (2021) (*Woxholth*) s. 335 flg., Johan Giertsen, *Avtaler* 4. utg. (2021) (*Giertsen*) s. 247 flg., og en rekke av bidragene i Erling Hjelmeng (red.) *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm* (2016) (*Hjelmeng 2016*). Spørsmålet om hvilken betydning lovstrid har for inngåtte kontrakter er grundig behandlet av Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Oslo 2009 (*Hauge 2009*).

5 Jf. for så vidt Forvaltningskomiteens innstilling, NUT 1958: 3 s. 207 og Ot.prp. nr. 3 (1976–77) Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.) s. 54.

6 NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, s. 437.

7 Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31.

8 Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31. Dette er fulgt opp i senere avgjørelser, senest HR-2021-2510-A Ryde, avsnitt 55 flg.

9 Jf. Rt. 2015 s. 795, avsnitt 30.

helse og arbeidsmiljø ved «at det avsettes tilstrekkelig tid til prosjektering og utførelse av de forskjellige arbeidsoperasjoner»,¹⁰ har privatrettslig virkning i forholdet mellom byggherren, Statens vegvesen, og entreprenøren Veidekke.¹¹ Forskriftsbestemmelsen er en gjennomføring i norsk rett av forpliktelser etter direktiver inntatt i EØS-avtalen. Høyesteretts flertall besvarte spørsmålet benektende, det fant

«at dei dagmulksanksjonerte delfristane i entreprisekontrakten ikkje skal setjast til sides, eller reviderast, korkje etter entreprisekontrakten sjølv, Norske Lov 5-1-2, effektivitetsprinsippet i EØS-retten eller avtalelova § 36».¹²

Det kan nok sies atskillig om så vel analysene av entreprisekontrakten, forholdet til Norske Lov 5-1-2 som til vurderingene etter avtaleloven § 36. I det følgende konsentrerer jeg imidlertid oppmerksomheten om den eventuelle betydningen det bør ha at staten er avtalepart.

2 Momenter i virkningsvurderingen

Der verken loven selv eller forarbeidene gir anvisning på hvilken betydning lovstriden skal ha for partenes forpliktelser etter avtalen, er vi etter Rt. 1993 s. 312 Kierulf henvist til å avgjøre spørsmålet etter en vurdering der det «legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertreddelsen» skal ha virkning mellom partene.¹³ Sagt med andre ord, «dersom virkningen av en lovstridig avtale ikke er lovregulert, må det vurderes konkret hva virkningen for partene er».¹⁴

Holder vi de moralsk forkastelige avtalene utenfor, er spørsmålet om hvilken virkning lovbruddet skal ha partene imellom, først og fremst uavklart der de interessene lovbudet ivaretar er det vi kan kalle alminnelige samfunnshensyn som ikke knytter an til partsinteressene, i det minste ikke direkte. Dette er hensyn som favner vidt, men et felles trekk er at hensynene langt på vei er uten egentlig tilknytning til det konkrete avtaleforholdet, og at de bestemmelsene som skal ivareta dem gjerne håndheves

10 FOR-2009-08-03-1028 § 5 bokstav c) slik den lød frem til 1. januar 2021. Se nå byggherre-forskriften § 5 annet ledd bokstav e).

11 Jf. HR-2022-1120-A Veidekke, avsnitt 12.

12 HR-2022-1120-A Veidekke, avsnitt 72. Én dommer dissenterte, han fant at i «de tilfellene kontrakten kommer i konflikt med lovgivningen – her en forskriftsbestemmelse – må kontrakten vike», og forankret dette i Norske Lov 5-1-2.

13 Jf. Rt. 1993 s. 312 Kierulf, på s. 315.

14 HR-2023-2167-A Midt Gokstad Gård, avsnitt 47.

av offentlige organer. Etterlevelsen er et statlig anliggende. Etter det jeg har kunnet bringe på det rene, er spørsmålet om hvordan den omstendighet at staten er part i den lovstridige avtalen påvirker vurderingen av lovbruddets virkninger avtalepartene imellom ikke vært gjort til gjenstand for særskilt behandling i litteraturen. I det følgende vil jeg peke på andre forhold som er trukket frem, før jeg i de neste avsnittene retter oppmerksomheten mot henholdsvis betydningen av de offentligrettslige skrankene og av EØS-avtalens føringer.

Hensynet til effektiv håndhevelse av lovbudet trekkes gjerne frem som argument for at lovstriden bør ha virkning mellom partene.¹⁵ Samtidig viser blant annet Rt. 1993 s. 312 Kierulf at dette hensynet ikke er avgjørende, og ganske særlig ikke der overholdelsen av lovregelen er gjenstand for offentlig kontroll og sanksjoner.

Høyesterett har fremhevet som et sentralt moment at virkningen mellom partene «bør understøtte det aktuelle lovforbudets formål».¹⁶ Graden av sammenheng mellom aktuelle virkninger partene imellom og den eller de interesser lovbestemmelsen verner, er dermed et moment i vurderingen. Hauge har formulert det slik at et minstekrav for at et lovbrudd skal ha virkning partene imellom, er at virkningen «står i adekvat sammenheng med lovformålet».¹⁷

Hvilken gjennomslagskraft et effektiviseringshensyn skal ha, kan tenkes variere med betydningen av de hensyn lovforbudet ivaretar. Gjennomslagskraften vil derfor dels kunne bero på hvor sentralt de aktuelle hensynene står i den aktuelle loven, og dels på hvilke hensyn som tilsier at lovbruddet ikke skal gis virkning mellom partene.¹⁸

Hauge nevner som et moment om lovforbudet rammer den ene eller begge avtalepartenes forhold, og fremholder at dersom et lovforbud utelukkende regulerer den ene partens forhold til det offentlige, vil dette være et forhold som taler mot at lovbruddet skal ha virkning mellom partene.¹⁹ Noe mer enn et moment uten videre vekt kan dette etter mitt syn likevel ikke være. Avtalepartene må i utgangspunktet kunne legge til grunn at kontraktsmotparten er lovlydig, og at opptreden i strid med den forventning lover og forskrifter gir grunnlag for, i mangel av avtale om noe annet, vil ha virkning partene imellom i den grad lovbruddet påvirker forutsetningene for avtalen. Bestemmelsene i byggherreforskriften som pålegger byggherren å avsette tilstrekkelig

15 Se *Hauge 2009*, s. 459.

16 HR-2023-2167-A Midt Gokstad Gård, avsnitt 47.

17 *Hauge 2009* s. 461.

18 Slik *Hauge 2009* s. 462, som også påpeker at en slik avveining kan by på utfordringer. Dissenterende dommers votum i HR-2022-1120-A Veidekke avsnitt 79 til 85 kan tjene som eksempel på at utfordringene lar seg overvinne.

19 *Hauge 2019* s. 462.

tid til prosjektering og utførelse av arbeidsoperasjoner,²⁰ kan tjene som eksempel. I kravet om tilstrekkelig tid ligger at forpliktelsene etter kontrakten må kunne oppfylles innenfor de rammer lovgivningen setter.²¹ Avtaleparten bør da vernes mot å finne seg selv i en situasjon der han foranlediget av avtalepartens handlinger må velge mellom å opptre i strid med loven eller i strid med kontrakten.²²

Ytterligere et moment som er trukket frem, er hvilken av partene som vil nyte godt av at lovstriden (ikke) gis virkning i kontraktsforholdet. Der lovforbudet rammer den ene av avtalepartenes forhold, og det er denne som etter kontrakten vil nyte godt av at lovbruddet ikke gis virkning mellom partene, er dette et moment som etter min mening trekker tungt i retning av å gi lovbruddet slik virkning. Dette ble imidlertid ikke tillagt vekt i HR-2022-1120-A Veidekke, her var konsekvensen av at lovbruddet ikke ble gitt virkning, at leverandøren måtte betale dagbøter.

3 De offentligrettslige skrankenes betydning

Som nevnt er statens bruk av sin privatautonomi «begrenset av en del offentligrettslige skranker, både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold», og «staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk».²³ Det synes da selvsagt at staten må rette seg etter gjeldende lover og forskrifter, og at de kontraktsmessige virkningene av at det ikke er gjort, som utgangspunkt ikke kan være de samme som om det var gjort. De offentligrettslige skrankene gjelder klart nok ikke private – de kan opptre uhindret av disse. Sagt med andre ord, staten er som kontraktspart ikke helt som andre.

Hensynet til effektiv håndheving av lovbudet tilsier at lovbrudd gis virkning mellom partene. Der lovbudet verner bredere samfunnshensyn, er det vanskelig å se hvorfor lovbruddet ikke også gis virkning mellom partene der dette ikke er til ugunst for den private part i avtalen. Det forhold at håndhevelsen også skjer gjennom offentlig kontroll og sanksjoner, er knapt noe argument for ikke å gi lovbruddet virkning i forholdet mellom partene, og enda mindre der den som nyter godt av slik ikke-virkning er staten selv.

20 FOR-2009-08-03-1028 § 5 annet ledd bokstav e).

21 Det er selvfølgelig slik at hvorvidt en fremdriftsplan lar seg oppfylle i stor grad beror på hvor mye ressurser som legges inn, men den som legger inn bud, må likevel kunne basere seg på at den lar seg oppfylle.

22 I samme retning dissenterende dommer i HR-2022-1120-A Veidekke, avsnitt 80.

23 Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31, og lagt til grunn senest i HR-2021-2510-A avsnitt 55 flg.

Som nevnt må avtalepartene kunne legge til grunn at kontraktsmotparten er lovlydig. Ganske særlig gjelder det der kontraktsmotparten er staten. Der statens manglende lovlydighet påvirker forutsetningene for avtalen, synes det uantakelig at lovbruddet ikke gis virkning mellom partene.

I HR-2022-1120-A Veidekke var det gjort gjeldende at å gi lovbruddet virkning mellom partene, typisk i form av fristforlenging, ville innebære en endring av kontrakten anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, ikke tillater.²⁴ Høyesterett behandler ikke denne anførselen, og det er åpenbart at den ikke kunne føre frem. Riktignok kan både oppdragsgivers ikke-bruk av misligholdsbeføyelser og hans innvilgelse av fristforlengelser etter omstendighetene være endringer anskaffelsesreglene ikke tillater, men spørsmålet i saken var hvilke plikter kontrakten slik den var inngått ga grunnlag for. Anskaffelsesreglene krever ikke at oppdragsgiver nyter godt av lovbrudd, og særlig ikke der de reglene som brytes er utslag av forpliktelser etter EØS-avtalen.

Spørsmålet om fristene var tilstrekkelige var for øvrig reist under anskaffelsesprosessen, men Statens vegvesen så ikke grunn til å endre dem.²⁵ Dette bør ikke overraske. Det vil kunne bli vurdert som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget å forlenge frister, og det følger da av anskaffelsesregelverket at konkurransen om oppdraget må avlyses og utlyses på nytt, med det spill av tid og ressurser det medfører.²⁶ Det synes da nærliggende å la oppdragsgiver bære risikoen for at de frister han har satt er i samsvar med de krav som følger av lovgivningen.

4 EØS-dimensjonen

EØS-avtalen art. 3 gir uttrykk for et lojalitets- og effektivitetsprinsipp som krever at avtalepartene treffer tiltak som er egnet til å oppfylle forpliktelsene etter avtalen, og at de avholder seg fra å treffe tiltak som kan bringe realiseringen av avtalens mål i fare.²⁷ EFTA-domstolen har utlagt bestemmelsen slik at den «requires the Member States to take all measures necessary to guarantee the application and effectiveness of European Law».²⁸ I HR-2022-1120-A vurderte flertallet om dette innebærer at brudd på de deler av byggherreforskriften som er en gjennomføring av byggeplassdirektivet,

24 HR-2022-1120-A avsnitt 28.

25 Se HR-2022-1120-A avsnittene 4 til 6.

26 Jf. FOR-2016-08-12-974 (anskaffelsesforskriften) § 14-2, som tillater endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.

27 Tilsvarende følger av Traktat om den Europeiske Union (TEU) art. 4 nr. 3 annet og tredje ledd.

28 E-2/10 Kolbeinnsson, avsnitt 46.

direktiv 92/57/EF, må gis privatrettslig virkning i forholdet mellom Statens vegvesen og Veidekke. Dette gir grunnlag for to problemstillinger. Den første er om EØS-retten krever at brudd på byggeplassdirektivet gis privatrettslig virkning. Den andre er om EØS-retten krever at bruddet skal ha slik virkning i kontrakter der staten er part. Høyesterett besvarer begge spørsmål benektende.²⁹

Utgangspunktet etter EØS-avtalen er at det er opp til medlemsstatene å avgjøre hvordan de skal sikre effektiv håndhevelse av EØS-retten nasjonalt. Dette omtales gjerne som prinsippene om henholdsvis forvaltningsrettslig og prosessuell autonomi.³⁰ Byggeplassdirektivet selv har ingen bestemmelser som krever at brudd på direktivet skal ha privatrettslig virkning, og medlemsstatene står dermed fritt med hensyn til om forpliktelsene etter direktivet skal håndheves gjennom bruk av offentligrettslige eller privatrettslige virkemidler, eller begge deler.³¹ Det er således ikke noe brudd på plikten til lojal gjennomføring av byggeplassdirektivet at kontroll med etterlevelsen av byggherreforskriften skjer gjennom Arbeidstilsynet.

Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at EØS-retten heller ikke krever at domstolene gir bruddet privatrettslig virkning i avtaler der staten er part. Det er sikker EØS-rett at nasjonale domstoler

«i størst mulig utstrekning [skal tolke nasjonal lovgivning] i lys av det berørte direktivs ordlyd og formål for å oppnå det resultat direktivet søker, og foretrekke tolkningen av nasjonale regler som er mest i samsvar med dette formål».³²

Formålet med byggeplassdirektivet er å beskytte arbeidstakerne mot de særlige risikoer som knytter seg til arbeid på mobile byggeplasser. Direktivet er et minimumsdirektiv, statene kan ha strengere regler, og i direktivets fortale understrekes det at det er «avgjørende» at de krav direktivet stiller etterkommes. Dette tilsier at der spørsmålet er om brudd på reglene som gjennomfører direktivet skal gis virkning i avtaleforhold, skal dette besvares bekræftende der dette er best i samsvar med formålet om å verne arbeidstakernes liv og helse allerede når arbeidet planlegges. Vi har sett at norsk rett ikke er til hinder for dette. Det skal vurderes konkret hvilke virkninger lovstrid skal ha for avtalepartene, virkningen mellom partene «bør understøtte det aktuelle lovforbudets formål»,³³ og det

29 Jf. HR-2022-1120-A Veidekke avsnitt 56 og 57.

30 Se nærmere Fredriksen og Mathisen EØS-rett (2022) kapittel V 2 og kapittel VI 3.

31 Direktiv 93/13/EF om urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold kan tjene som eksempel på at det kreves så vel privatrettslig som offentligrettslig håndheving, se henholdsvis art. 6 nr. 1 og art. 7.

32 Sak E-2/21 Norep, avsnitt 44.

33 HR-2023-2167-A Midt Gokstad Gård, avsnitt 47.

skal «legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertreddelsen» skal ha virkning mellom partene.³⁴ Blant disse momentene finner vi hvem av partene som bør bære risikoen for lovbruddet, den ene, den andre eller begge. Når norsk rett åpner for at lovbruddet gis virkning mellom partene, kan mye tyde på at EØS-retten krever at det gis slik virkning om ikke tungtveiende hensyn tilsier noe annet.

Høyesteretts praksis knyttet til skrankene for statens bruk av partsautonomien tilsier etter mitt syn at blant momentene av mer generell karakter er betydningen av at den ene avtaleparten nettopp er staten. Ganske særlig gjelder dette der avtalen er i strid med regler som tjener til å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen, og det å gi lovstriden virkning mellom partene ikke er til ugunst for den private part.

5 Ikke helt som andre

I dette bidraget har jeg forsøkt å vise at der staten opptrer med grunnlag i privat-autonomien, er den ikke helt som andre avtaleparter. Dette skyldes ikke bare at privatautonomien må utøves også innenfor visse offentligrettslige rammer, men også at allerede den omstendighet at det er staten som er part kan ha betydning der vi skal ta stilling til virkningene mellom avtalepartene av lovbrudd. Dette følger allerede av norsk rett, upåvirket av eventuelle folkerettslige krav til hva norsk rett skal gå ut på. Der den regelen som brytes er gitt for å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen, vil det etter alt å dømme være et brudd på de alminnelige lojalitetsforpliktelsene denne avtalen danner grunnlag for ikke å gi lovbruddet virkning mellom partene der slik virkning vil tjene de interesser regelen verner. Ganske særlig gjelder dette der dette bare rammer den statlige avtaleparten, ikke den private.

Det gjenstår å se om det inntrykk HR-2022-1201-A Veidekke etterlater, nemlig at det ikke spiller noen rolle ved vurderingen av de kontraktsrettslige virkningene av lovbrudd at den ene avtaleparten er staten, vil bli bekreftet av senere avgjørelser. Det gjenstår også å se om staten i fremtiden vil insistere på at egne lovbrudd, til tross for at de rammer kontraktsparten, ikke skal tillegges kontraktsrettslig virkning. Noen av oss vil nok mene at slikt tar seg simpelthen ikke ut. Staten som kontraktspart verken kan eller bør oppføre seg som alle andre, alltid. Staten er ikke som alle andre.

34 Jf. Rt. 1993 s. 312 Kierulf, på s. 315.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-06741-4

