

REGJERINGSADVOKATEN

Oslo, 25.05.2012
2012-0348 THS/KTH

PROSESSKRIV

TIL

HØYESTERETT

Høyesteretts sak nr. 2012/398, sivil sak, anke over kjennelse:
Flexiped AS mot Brødrene Fossum AS

Skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser i medhold av tvl. § 15-8 fra:

Staten v/Domstoladministrasjonen
Postboks 5678 Trondheim

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/ass. regjeringsadvokat Tolle Stabell
Postboks 8012 Dep, 0030 Oslo

* * *

1 INNLEDNING

Staten v/Domstoladministrasjonen gir med dette innlegg i ankesaken for Høyesterett i medhold av tvl. § 15-8 første ledd bokstav b.

Flexiped AS sin anke skal avgjøres av Høyesterett i avdeling, men bare for så vidt gjelder anførselene om (påstått) manglende dommerforsikring etter dl. § 60, jf. Utvalgets beslutning og kjennelse 11. april 2012.

Domstoladministrasjonen (DA) er gjennom regler, særlig i domstolloven, tillagt særlig organisatorisk og driftsmessig ansvar for domstolvirksomheten i Norge. Dette omfatter også utnevning av dommere, arbeidsgiverfunksjonen for dommere mv. DA har etter regler i domstolloven kap 1, 1A m.v.¹ det organisatoriske ansvaret for domstolene. DA utøver diverse arbeidsgiverfunksjoner for dommere. De forsikringene ankesaken gjelder, avgis av dommere etter dl. § 60, og de oppbevares av DA. Ut fra sin særskilte rolle ønsker DA å bidra til å belyse allmenne interesser i ankesaken for Høyesterett.

¹ Vedtatt ved LOV-2001-06-15-62, jf. Ot.prp.nr.44 (2000-2001) og Innst.O.nr.103 (2000-2001).

POSTADRESSE:
POSTBOKS 8012 DEP
0030 OSLO

TELEFON: 22 99 02 00 / 22 99 02 04
TELEFAKS: 22 99 02 50
E-POST: THS@REGJERINGSADVOKATEN.NO

BESØKSADRESSE:
PILESTREDET 19
OSLO

Som dere vil oppdage ved å lese Høyesteretts kjennelse i Flexiped-saken, er den ikke annet enn en omskriving av dette prosesskrivet, hvilket dokumenterer at Høyesterett lar seg diktere, eller at Høyesterett ikke innehar noe kunnskap om dette rettslige spørsmålet.

Jeg kan ikke se at noen andre enn regjeringen og de som har vunnet på uærlig vis har noe ønske om at Regjeringsadvokaten skal bistå disse med å belyse urett som god juss, og deretter frata dem deres rett.

2 ANKESAKEN

DA oppfatter at ankesaken, slik den er avgrenset, reiser så vel et faktisk og som et rettslig spørsmål.

2.1 Faktisk er spørsmålet om det kan legges til grunn som mest sannsynlig at lagdommer Hermansen, da den påankende kjennelsen ble avsagt 20. desember 2011, hadde avlagt dommerforsikring i henhold til dl. § 60. DA har ikke som oppgave å ytre noe syn om dette i nærværende innlegg, men har bistått partene med å opplyse faktum, så langt det har latt seg gjøre.

2.2 Dersom det skulle bli lagt til grunn at lagdommer Hermansen ikke hadde avgitt forsikring da kjennelsen 20. desember 2012 ble avsagt – eventuelt at Høyesterett i et **obiter dictum** vil ta stilling til spørsmålet – er det rettslige spørsmålet hvilken **virkning** en slik manglende dommerforsikring etter dl. § 60 skal tillegges.

Det kan her tenkes **tre ulike alternativer**: For det første at en slik manglende forsikring etter dl. § 60 skal tillegges ubetinget virkning etter tvl. § 29-21 annet ledd bokstav b (absolutt opphevelsesgrunn), dernest at det dreier seg om en feil som faller under tvl. § 29-21 første ledd (relativ opphevelsesgrunn) og endelig at en slik feil er av en slik karakter at den ikke kan påberopes av partene.

Dl. § 60 lyder:

”Alle dommere unntatt meddommere og skjønnsmedlemmer skal gi skriftlig forsikring om at de samvittighetsfullt vil oppfylle sine plikter. Forsikringen sendes til domstoladministrasjonen eller til fylkesmannen for så vidt gjelder forsikring for dommere i forliksrådet. Kongen fastsetter hvordan forsikringen skal lyde.”

Ved kongelig resolusjon 10. juni 1927 er det bestemt at den skriftlige forsikringen som skal avgis av dommere, skal lyde slik:

”Jeg forsikrer at jeg samvittighetsfullt vil oppfylle mine plikter som dommer – at jeg vil handle og dømme således som jeg etter loven og for min samvittighet kan forsvare, og verken av hat eller vennskap, verken for gunst eller gave eller av annen årsak vike fra rett og rettferdighet.”

Tvl. § 29-21 regulerer virkningen av saksbehandlingsfeil der disse er gjort gjeldende i anken, og fastsetter følgende:

” (1) Feil ved saksbehandlingen skal tillegges virkning hvis det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket.

(2) Følgende feil skal ubetinget tillegges virkning

a) at tvingende vilkår for å fremme saken eller avgjøre kravet var tilsidesatt,

b) at retten ikke var lovlig sammensatt,

Det finnes kun en virkning, og det er at slik dommer ikke kan sette, og dersom han gjort det, skal han fjernes. Avgjørelser av en slik dommer, s oppheves.

Det kan IKKE tenkes tre ulike alternativer. Som sagt finnes det kun ett rettsgyldig valg/alternativ. Hvor får disse juristene sine tanker fra?

REGJERINGSADVOKATEN

c) at det er mangler ved avgjørelsen som ikke kan rettes etter §§ 19-8 og 19-9, og som hindrer prøving av anken, eller

d) at avgjørelse er avsagt mot en part som ikke har møtt og som ikke har vært lovlig innkalt eller som har hatt gyldig fravær.”

Det er ev. tvl. § 29-21 annet ledd bokstav b som er det aktuelle alternativet hva gjelder de absolutte opphevelsesgrunnene, sml. tvistemålsloven § 384 annet ledd nr. 1. DA peker også på at straffeprosessloven § 343 knesetter en lignende regel, jf. strpl. § 343 annet ledd nr. 3, slik at **nærværende sak også vil ha betydning** for bedømmelsen av manglende dommerforsikring etter dl. § 60 **i straffesaker.**

3 RETTSPRAKSIS OG TEORI

Dersom det ved behandlingen av en sak har deltatt en fagdommer som ikke har avgitt forsikring etter dl. § 60, har dette tradisjonelt blitt **ansett som en absolutt opphevelsesgrunn.** Tilsvarende har blitt lagt til grunn for meddommere. I **Rt. 1916 s. 559 ble** en unnlatt forsikring fra en meddommer etter straffeprosessloven 1887 under dissens ansett som en absolutt opphevelsesgrunn. I avgjørelsen er det blant annet vist til en utrykt kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg 27. august 1892 (referert i Kjerschows Straffeprosess, s. 537). Kjennelsen fra 1892 omhandlet et tilfelle hvor rettens administrator i en forhørsrettssak (en konstituert byfogd) ikke hadde avlagt dommerforsikring før domsavsigelsen. I Rt. 1991 s. 900 ble denne linjen videreført, idet Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet en straffedom fordi en meddommer hadde avgitt forsikring etter dl. § 100 først etter at hovedforhandlingen var avsluttet. Tilsvarende standpunkt er lagt til grunn i flere underrettsavgjørelser, se for eksempel Hålogaland lagmannsretts dom 6. juni 1996 (LH-1996-348) (manglende dommerforsikring dl. § 60) og RG 1999 s. 1231 (manglende forsikring meddommer).

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1376 **signaliserer** imidlertid en **annen vurdering** av hvordan en eventuell manglende dommerforsikring **bør** bedømmes. I en straffesak for tingretten avla en førstegangs meddommer først forsikring etter dl. § 100 ved rettsmøtets begynnelse under hovedforhandlingens andre dag. Idet feilen ble rettet opp før saken ble tatt opp til doms, fant Høyesterett at den absolutte opphevelsesgrunnen i strpl. § 343 annet ledd nr. 3 ikke kom til anvendelse. På bakgrunn av dette var det ikke nødvendig for Høyesterett å ta endelig stilling til om manglende forsikring vil kunne være en absolutt opphevelsesgrunn, men Høyesterett uttalte likevel følgende om spørsmålet (avsnitt 11):

”Forsvareren har fremhevet at utøvelse av dommerrollen er utøvelse av myndighet hvor det er viktig at formene overholdes. Jeg er enig i dette, men det innebærer likevel ikke at feilen må omfattes av den absolutte opphevelsesgrunnen i § 343 annet ledd nr. 3. Den forsikringen som skal avgis, kan det, som fremhevet av dommer Scheel i hans dissens i 1916-avgjørelsen, være like naturlig å betrakte som en del av forhandlingene slik at den ikke angår spørsmålet om retten var «lovlig besatt». Videre nevner jeg at da avgjørelsen i 1916 ble truffet, skulle meddommerne edfestes hver gang de tjenestegjorde, mens dette i dag bare gjøres første gang. Dette kan indikere at lovgiveren den gang la større vekt på edfestelsen enn den vekt som i dag legges på forsikringen. At avgjørelsen fra 1916 ikke lenger kan legges til grunn, støttes også av Rt-2003-328 hvor Høyesterett kom til at § 343 annet ledd nr. 3 ikke

REGJERINGSADVOKATEN

omfattet et tilfelle hvor to varamedlemmer til lagretten som skulle ha fratrådt før loddrekningen av hvem som skulle gjøre tjeneste i saken, hadde deltatt i avgjørelsen av skyldspørsmålet.”

Den avgjørelsen som det her vises til, Rt. 2003 s. 328, gjelder ikke direkte spørsmålet om betydningen av virkningen av mangelfull dommerforsikring. Men det er av atskillig interesse at Høyesterett knytter vurderingen av om den aktuelle feilen skal anses som en absolutt opphevelsesgrunn eller ikke, opp mot en vurdering av om rettsikkerhetshensyn trås for nær dersom feilen ikke blir gitt ubetinget virkning, jf. Rt. 2003 s. 328 avsnitt 23. Etter DAs vurdering er det et naturlig vurderingsgrunnlag også opp mot spørsmålet om hvilken virkning en eventuell manglende dommerforsikring skal tillegges.

I juridisk teori har Skoghøy i *Tvisteløsning* (2010, s. 144) nå lagt til grunn at manglende forsikring ikke bør anses som en absolutt opphevelsesgrunn:

”Etter mitt syn er det vanskelig å begrunne at manglende forsikring skal være en absolutt opphevelsesgrunn. I Rt. 2004 s. 1376 A argumenterte Høyesterett for at de krav som stilles til dommerforsikring, bare bør anses å rette seg mot utnevnelser-, ansettelses- eller utpekingsmyndigheten.”

Hva er det som er så vanskelig med dette da? Loven er klar. Hva mer trenger han? Dette er ikke juridisk teori, men juridisk flukt fra virkeligheten.

Han sier ikke hva som gjør det vanskelig

Bøhn, *Domstollovens kommentarutgave* (2000) s. 161, fremholder at det er ”lite sannsynlig” at en anke på grunnlag av manglende forsikring etter dl. § 60 skal nå frem. Dette begrunnes i at dersom det er slik at mange dommere ikke har avgitt forsikring etter dl. § 60, vil følgene kunne bli dramatiske dersom dette ble ansett som en absolutt opphevelsesgrunn”.

Bøhn er i hvert fall litt ærlig. Han varslar at det vil gå til helvete dersom man skal følge loven

4 DRØFTELSE

4.1 Ved avgjørelsen av om det er grunn til å erklære manglende avgitt forsikring etter dl. § 60 som en absolutt opphevelsesgrunn, bør etter DA sitt syn to hovedtemaer stå sentralt:

For det første bør det vurderes om feilen som forutsetningsvis foreligger, etter sin art kan antas å ha båret med seg en reell risiko for at saken er uriktig avgjort. Når det gjelder § 60, er spørsmålet om det foreligger reell risiko for at den som har utøvd dommerfunksjonen, som følge av at hun ikke har avgitt forsikring, kan ha misoppfattet sin rolle og sine plikter som dommer.

Dette omtales under pkt. 4.2 nedenfor.

Det andre, som omtales under pkt. 4.3, er virkningen av å konkludere med det foreligger en absolutt opphevelsesgrunn.

Som sagt i min gjennomgang av Høyesteretts kjennelse, åpner ikke loven for noen slik vurdering av feilen.

Dette er virkelig svada på universitetsnivå. Regler om taushetsplikt er følgelig ikke nødvendige så lenge man kan

4.2 DA antar at lovgiveren har utpekt visse saksbehandlingsfeil som absolutte opphevelsesgrunner ut fra det syn at de aktuelle feilene etter sin art, og uavhengig av hvordan det ligger an i den enkelte sak, skaper reell tvil om saken er riktig avgjort. Dersom reell risiko ikke kan øynes, er det grunn til å se det slik (jf. ovenfor om Rt. 2003 s. 328) at rettsikkerhetshensyn ikke trås for nær selv om man ikke anser feilen som en absolutt opphevelsesgrunn.

Nei! Dette er ikke årsaken til at lovgiver har gitt slike regler. En dommer kan sikkert avgi korrekte avgjørelser, selv om han dømmer mellom sine egne familiemedlemmer, men utad vil dette ikke se bra ut, og det blir da ansett å være en absolutt opphevelsesgrunn

REGJERINGSADVOKATEN

Ved vurderingen av manglende avgitte forsikringer antar DA at det bør skje en separat vurdering av legdommeres og fagdommeres forhold. Betydningen av avgivelse av forsikring fortøner seg forskjellig for de to gruppene.

Til forskjell fra fagdommere er meddommere uten juridisk utdanning og trening. De tjenestegjør kun en sjelden gang i mellom; mange tjenestegjør kun én gang i sitt liv. Meddommere har sitt daglige virke andre steder enn i domstolene. For deres del er det ikke en sikker slutning at de (alle) har oppfattet alvoret i de strenge krav som stilles til domstolene og dommerne, enn si hva dommerens rolle er og hvordan kravet til uavhengighet og upartiskhet skal ivaretas.

Vurderingen av om man står overfor en feil som utgjør en absolutt opphevelsesgrunn trenger derfor ikke falle likt ut for de to gruppene. Dl. § 60 (som vår sak angår) gjelder fagdommere, mens forsikring avgitt av meddommere og lagrettedømmerer reguleres av henholdsvis dl. § 100 (meddommere, begge prosessformer) og strpl. § 360 (lagrettedømmerer).

Jo, det gjør den. Les loven, og hensynene bak lovens ordning om forsikring

For fagdommeres del ligger det etter DA sitt syn annerledes an enn for meddommere (og lagrettedømmerer). Det kan generelt og sikkert sluttet at fagdommere har hatt sin rolle og sine plikter klart for seg. For dem er kravene som stilles internalisert på en ganske annen måte enn for meddommere. Det kan også vises til at embetsdommerne jo i et stort antall tilfeller formaner meddommere og leser opp den forsikringen som meddommerne de tjenestegjør sammen med, avgir. Man kan tenke seg at meddommere som aldri før i sitt liv har deltatt i rettssaker og som heller ikke har noen juridisk utdanning, blir påvirket av at de avkreves en høytidelig forsikring før de dømmer. Det samme kan ikke tenkes for fagdommere. Disse har allerede gjennom sine studier lært og forstått hvilke plikter og oppgaver dommere har.

Slik DA ser det, er det også av denne grunn naturlig å reise spørsmål ved begrunnelsen for den tradisjonelle lære om at en manglende dommerforsikring skal være en absolutt opphevelsesgrunn.

Foruten å peke på de reelle forholdene ovenfor, er det grunn til å vende tilbake til regler som regulerer embetsutøvelsen.

Rettspleielovene som sådan gir en rekke rettsikkerhetsgarantier for utførelsen av dommergjerningen. Kravet om upartiskhet er her sentralt, jf. blant annet dl. §§ 106 flg. DA viser også til dl. § 55 tredje ledd som lyder:

"En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt."

Bestemmelsen trådte i kraft 1. november 2002, se også endringslov 15. juni 2001 nr. 62. Det vises videre til Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) s. 188 og NOU 1999: 19 punkt 5.4.2. Ut fra bestemmelsens ordlyd og lovens sammenheng (sml. dl. § 52), gjelder bestemmelsen kun for embetsdommere.

Samlet sett gir disse lovfastsatte rettsikkerhetsgarantiene i det vesentligste uttrykk for det som følger av innholdet i dommerforsikringen etter dl. § 60. På denne bakgrunn kan DA

Dersom Stoltenberg - som jo står bak dette skrevet, gjennom sin instruks til regjeringsadvokaten - ønsker å endre loven, så er Stortinget den korrekte arena, ikke Høyesterett.

Igjen: Høyesterett er ikke rett arena for dem som har lyst å endre loven.

REGJERINGSADVOKATEN

vanskelig se at en manglende dommerforsikring etter dl. § 60, rokker ved sentrale retts-sikkerhetshensyn for sakens parter.

Etter DAs vurdering er det mer nærliggende å anse dommerforsikringen etter dl. § 60 som en **formalakt rettet mot utnevnes-, ansettelses- eller utpekingsmyndigheten**. I så fall er det forhold at det eventuelt mangler dommerforsikring etter dl. § 60 ikke et vilkår som har en slik karakter at det kan påberopes av partene. Dette standpunktet gir Skoghøy uttrykk for i Tvisteløsning, 2010, s. 144, under henvisning til avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1376.

Regjeringsadvokaten vet jo ikke engang hvilken fot han skal på.

Kjennelsen i Rt. 1996 s. 193 gjaldt et annerledes tilfelle. En ekstraordinær lagdommer administrerte i strid med uttrykkelig lovbestemmelse en straffesak med lagrette. Feilen var av en annen karakter enn den man diskuterer i vår sak, idet feilen i det hele tatt ikke kunne avhjelpes fordi lovgiveren bevisst hadde satt en absolutt grense. I den saken var det derfor grunn til å konkludere med at "domstolen ikke var lovlig besatt" (strpl § 360 annet ledd nr. 3 slik den den gang-lød); et uttrykk som er nokså likt det man finner i tvl. § 29-21 annet ledd bokstav b.

4.3 Å fastholde at manglende dommerforsikring utgjør en ubetinget opphevelsesgrunn, vil på en tilfeldig måte ramme et ukjent, men stort antall parter. Dette vil være parter som ikke har noen del i eller **skyld** for at forsikringer ikke er avgitt, og de vil bli rammet selv om man erkjenner at den feilen som forutsetningsvis foreligger, ikke kan ha hatt noen innvirkning på de avgjørelsene partene har mottatt fra domstolene.

Hensynet til parter i et potensielt betydelig antall saker **taler** derfor med tyngde **mot** en slik konklusjon.

DA har forsøkt å analysere hvor mange saker som kan bli berørt dersom det legges til grunn at manglende dommerforsikring etter dl. § 60 er en absolutt opphevingsgrunn etter anke. Dette har vist seg å være vanskelig, idet det ikke kan søkes på "relasjoner" i domstolenes saksbehandlingssystem Lovisa. DA vet imidlertid at det manglet dommerforsikringer på 144 yrkesaktive dommere pr. 9. mars 2012 – i betydningen av at de aktuelle dommerforsikringene ikke kan gjenfinnes i arkivet. De aller fleste av disse dommerne sendte inn en **fornytt forsikring** i løpet av mars 2012. Fra mars/april 2012 har en følgelig dommerforsikring (arkivert) tilnærmedesvis på samtlige dommere.

Ankefristen vil være utløpt for avgjørelser som er avsagt fram til dette tidspunkt (mars 2012). Dersom man legger til grunn at man kan utvide ankegrunnlaget for anker, er det relevant å se hen til hvor mange anker som står til behandling, der dommerforsikring mangler i arkivet. DA har etter nærmere undersøkelser funnet ut at mellom 225-250 sivile saker ligger til behandling i lagmannsrettene, der dommeren i tingretten ikke hadde dommerforsikring i arkivet pr 9. mars 2012. Det tilsvarende tallet for Høyesterett er vanskeligere å fastslå, pga. at det er tre fagdommere i hver sak. Men DA vet at det er 73 ankesaker for Høyesterett der administrator i lagmannsrettene manglet forsikring. Antall saker der en av de tre dommerne manglet forsikring vil derfor antagelig være langt høyere.

Som om det skulle avhjelpe regjeringens problem. Igjen; vi står ikke overfor en forsikring dersom den er presset eller tvunget frem, slik tilfellet er i herværende sak.

Når det gjelder straffesaker, greier DA dessverre ikke å få ut noen tall.

REGJERINGSADVOKATEN

Hvilke grunner? Den eneste grunnen er den som Anders Bøhn har forsøkt å redegjøre for, nemlig dramatikken i det at nær sagt ingen av rettsavgjørelsene i norske domstoler, la oss si etter siste krig, er gyldige.

5 KONKLUSJON

Etter DA sitt syn taler **de beste grunner** for at en manglende avgitt dommerforsikring etter dl. § 60 **ikke** utgjør en absolutt opphevelsesgrunn etter tvl. § 29-21 annet ledd bokstav b (eller etter strpl. § 343 annet ledd nr. 3).

* * *

Dette prosesskriv sendes Høyesterett i seks eksemplarer, to eksemplarer sendes advokatene Berntsen og Hjort og ett beholdes her.

Oslo, 25. mai 2012
REGJERINGSADVOKATEN



Tolle Stabell
ass. regjeringsadvokat