



Justisdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@jd.dep.no

Deres ref:
200903106 ES
VIL/HAJ/bj

Vår ref: #83247v1/th-th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@jus.no T +47 22 03 50 61

11.08.2009

Høringsuttalelse - endringer i reglene om begrunnelse av beslutninger om å nekte anker fremmet

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 13. mai 2009 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for sivilprosess og voldgift som består av Vidar Strømme (leder), Grethe Gullhaug, Anders Ryssdal, Svein Aage Valen, Brynjar Østgård og Anders Hoff samt lovutvalget for strafferett og straffeprosess som består av Harald Stabell (leder), Kristin Barth-Larsen, Sven Crogh, Arild Dyngeland, Erling Lyngtveit, Inger Marie Sunde og Torfinn Svanem.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

I høringsnotat av 13. mai 2009 foreslår Justis- og politidepartementet endringer i reglene om begrunnelse av beslutninger om å nekte anker fremmet. Forslaget har bakgrunn i kjennelsene fra Høyesterett i storkammer desember 2008 (Rt. 2008 s. 1764, Rt. 2008 s. 1783 og Rt. 2008 s. 1786). Det foreslås endringer i straffeprosessloven § 321 (lagmannsrettens beslutninger) og § 323 (Høyesteretts ankeutvalgs beslutninger). Det reises også spørsmål om å innføre krav om begrunnelse for å nekte anke fremmet i sivile saker.

Advokatforeningen støtter i hovedsak det lovforslag departementet har fremlagt i høringsnotatet. Det er et positivt bidrag til rettssikkerheten og til overholdelse av Norges menneskerettslige forpliktelser. Etter Advokatforeningens syn må også beslutninger om å nekte anke fremmet i sivile saker begrunnes.

3. Kommentarer til de enkelte forslagene

3.1 Kommentarer til forslag til endringer i straffeprosessloven – høringsbrevet pkt. 4

3.1.1 Beslutninger etter straffeprosessloven § 321 annet ledd – forslagets pkt. 4.1

Advokatforeningen er enig i at straffeprosessloven § 321 bør endres, slik at bestemmelsen tydelig gir uttrykk for det begrunnelseskrav som Høyesterett har konstatert i Rt. 2008 s. 1764.

Advokatforeningen støtter departementets syn om at det i utgangspunktet ikke er grunn til å innføre et krav om at beslutning om å nekte å fremme en anke fra påtalemyndigheten som er til siktedes ugunst, skal begrunnes. Retten til en reell overprøving av skyld- og straffspørsmålet etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5 gjelder for domfelte (*“convicted of a crime”*). Begrunnelsesplikten som etter Advokatforeningens syn kan utledes av Den europeiske menneskeretts-konvensjonen (EMK) artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1, er også til beskyttelse for den som har en straffesiktelse mot seg.

Advokatforeningen savner imidlertid en drøftelse av om det er grunn til å innføre et krav om at beslutning om å nekte å fremme en anke fra saksøker i en privat straffesak, skal begrunnes. Selv om det er usikkert om EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 gir saksøker i private straffesaker en beskyttelsesverdig interesse i at ankenektelsen begrunnes, kan det etter Advokatforeningens syn være større grunn til å kreve begrunnelse i slike saker enn for det tilfelle at en anke fra påtalemyndigheten til siktedes ugunst nektes fremmet. En begrunnelse kan også være hensiktsmessig dersom lagmannsretten nekter å fremme en anke fra påtalemyndigheten til siktedes ugunst der det er reist sivile rettskrav i forbindelse med straffesaken.

Advokatforeningen tiltrer departementets forslag om at en beslutning om å nekte en anke fremmet fra påtalemyndigheten til gunst for siktede, må begrunnes. Selv om det er uklart om dette følger av SP artikkel 14 nr. 5, taler de beste grunner for at slike ankenektelser bør begrunnes. Etter Advokatforeningens syn er allerede det forhold at påtalemyndigheten anker i siktedes favør, en slik særegen omstendighet som i tråd med Høyesteretts tidligere praksis og uavhengig av kravene i SP artikkel 14 nr. 5 medfører en begrunnelsesplikt.

Departementet foreslår at nærmere krav til begrunnelsens innhold ikke bør lovfestes. Advokatforeningen gir sin tilslutning til dette forslaget. Det er helt sentralt at begrunnelsen viser at det har skjedd en reell overprøving, at domfeltes ankegrunner er prøvet og at det er klart at anken ikke vil føre frem, samt at Høyesteretts ankeutvalg gjøres i stand til å kontrollere lagmannsrettens saksbehandling. Kravet til begrunnelsens innhold følger etter Advokatforeningens syn ikke bare av retten til overprøving etter SP artikkel 14 nr. 5, men også av kravene til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1. Advokatforeningen er imidlertid enig i at kravet til begrunnelse vil variere betydelig og at innholdet antakelig best kan utvikles gjennom rettspraksis. Advokatforeningen mener også at det kan være forbundet med retts tekniske vanskeligheter å utforme en meningsfylt regel som vil fange opp de forskjellige saksforholdene.

3.1.2 Beslutninger etter straffeprosessloven § 321 første ledd – forslagens pkt. 4.2

Straffeprosessloven § 321 første ledd gjelder anker som bare kan fremmes etter rettens samtykke. Samtykkeregelen er forbeholdt de mindre alvorlige straffesaker, hvor det ikke er påstått eller idømt annen reaksjon enn bot, inndragning eller tap av retten til å føre motorvogn mv. Departementet foreslår at det i tråd med Høyesteretts obiter dictum i Rt. 2008 s. 1764 premiss 116 skal presiseres at beslutninger etter § 321 første ledd skal begrunnes dersom ”*særlige grunner*” tilsier dette.

Advokatforeningen ser at det kan være hensiktsmessig at kravet om begrunnelse i spesielle situasjoner også fremkommer av loven. Advokatforeningen mener imidlertid at lovforslaget går for kort og etterlyser en drøftelse av om kravet til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 oppstiller en begrunnelsesplikt for nektelse av samtykke til ankebehandling også i de mindre alvorlige straffesakene.

Høyesterett legger i Rt. 2008 s. 1764 til grunn at SP artikkel 14 nr. 5 ikke krever ankerett i tilfellene omhandlet i straffeprosessloven § 321 første ledd, og at det av den grunn ikke vil foreligge begrunnelsesplikt i disse tilfellene. Advokatforeningen finner grunn til å understreke at selv om verken EMK eller SP oppstiller en rett til overprøving, må en stat som har overprøvingsinstanser, sørge for at de fundamentale rettighetene i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 gjelder for behandlingen i disse instansene (se f.eks. *Delcourt*, premiss 25).

Høyesterett synes i Rt. 2008 s. 1764, premiss 69, å avvise at det foreligger en begrunnelsesplikt for ankesilingsavgjørelser etter EMK artikkel 6 nr. 1, under henvisning til Den europeiske menneskerettighetskommissjonens avgjørelse i E.M. mot Norge fra 1995. Etter Advokatforeningens oppfatning har Høyesterett i for liten grad tatt i betraktning utviklingen i Den europeiske menneskerettighetsdomstols (EMDs) praksis. Ved tre dommer fra 1994 har EMD fastslått at det gjelder en generell plikt for nasjonale domstoler å begrunne deres avgjørelser i både sivile saker og straffesaker (se *Van de Hurk, Ruiz Torija og Hiro Balani*). EMD har i så vel disse som i senere saker uttalt at begrunnelsespliktens omfang varierer etter avgjørelsens natur og må fastsettes i lys av sakens omstendigheter (se S.C. mot Norge, premiss 49). EMD har særlig vektlagt at en lavere instans må gi tilstrekkelig begrunnelse til at partene effektivt kan benytte seg av ankemuligheter, dersom disse foreligger (se bl.a. *Tatishvili*, premiss 58, og *Hirvisaari*, premiss 30).

EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 kommer også til anvendelse for avgjørelser av om saken skal behandles for rettsmiddelinstansen (se *Monell og Morris*, premiss 54). Advokatforeningen ser ingen grunn til at det bør skilles mellom ankesamtykke og ankenektelse i

forhold til de menneskerettslige forpliktelsene. I begge tilfelle foreligger ingen ”*determination*” i straffesaken så lenge domfellelsen i underinstansen ikke er rettskraftig.

Advokatforeningen antar derfor at også nektelse av samtykke til ankebehandling i de mindre alvorlige straffesakene, må begrunnes. En nektelse av samtykke til ankebehandling setter en sluttstrek for saken. Det er et sentralt rettsikkerhetsprinsipp at slike viktige avgjørelser begrunnes. I tillegg må det tas hensyn til at en domfellelse kan være meget belastende for domfelte selv i de mindre alvorlige straffesaker. Samtidig antar Advokatforeningen at begrunnelsen i disse tilfellene kan gjøres meget kortfattet.

3.1.3 Beslutninger om omgjøring etter straffeprosessloven § 321 fjerde ledd annet punktum – forslagets pkt. 4.3

Advokatforeningen er enig i at lagmannsretten må begrunne omgjøringsavgjørelser etter straffeprosessloven § 321 fjerde ledd.

Selv om domfelte i utgangspunktet bare har en konvensjonsfestet rett til å få anken prøvet én gang av lagmannsretten, mener Advokatforeningen at en utvidelse av begrunnelseskravet til å omfatte slike avgjørelser er hensiktsmessig. Advokatforeningen peker særlig på at EMD synes å ha fastslått at det gjelder en generell plikt for nasjonale domstoler å begrunne deres avgjørelser i både sivile saker og straffesaker. Advokatforeningen er også enig i at når domfelte først er gitt en rett til å begjære omgjøring, er begrunnelse av omgjøringsavgjørelsen helt sentralt for å skape sikkerhet utad for at domfeltes anførsler er vurdert.

Advokatforeningen finner at det også for disse saker ikke bør lovfestes krav til begrunnelsens innhold. Dersom omgjøringsbegjæringen ikke inneholder annet enn en gjentakelse av det som ble anført i anken, er det etter Advokatforeningen syn tilstrekkelig med en henvisning til begrunnelsen som ble gitt i den første beslutningen om å nekte anken fremmet.

3.1.4 Beslutninger etter straffeprosessloven § 323 – forslagets pkt. 4.4

Departementet foreslår at straffeprosessloven § 323 endres slik at anke fra siktede eller anke fra påtalemyndigheten som er til siktedes gunst, over en domfellelse i lagmannsretten som gjelder forhold siktede er frifunnet for i tingretten, bare kan nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke kan føre frem. I tillegg foreslås det lovfestet at beslutninger i slike tilfeller skal begrunnes.

Advokatforeningen tiltrer departementets forslag om at straffeprosessloven § 323 endres, slik at bestemmelsen tydelig gir uttrykk for kravene til reell overprøving og begrunnelse som Høyesteretts ankeutvalg har gitt uttrykk for i HR-2009-426-U og HR-2009-583-U.

Etter Advokatforeningens oppfatning bør en anke over fellende dom i lagmannsretten etter frifinnelse i tingretten bare kunne nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke kan føre frem. Advokatforeningen påpeker at allerede den omstendighet at anken gjelder domfellelse i lagmannsretten for forhold domfelte er frifunnet for i tingretten, tilsier at det sjeldent vil være klart at anken ikke vil føre frem, såfremt uenigheten ikke utelukkende gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

Advokatforeningen mener at personer som er domfelt i lagmannsretten etter frifinnelse i tingretten i saker som gjelder forbrytelser som kan medføre fengsel i mer enn 6 år, bør ha et

ubetinget krav på å få sin anke fremmet for behandling i Høyesterett.

Det er især hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat i slike alvorlige straffesaker, som etter Advokatforeningens syn begrunner et ubetinget krav på å få anken fremmet for behandling. Advokatforeningen antar at selv om et slikt ubetinget krav vil øke Høyesteretts arbeidsbyrde, vil denne økningen ikke være av nevneverdig betydning. Forutsetningen om at domfelte i disse tilfellene har krav på en "reell overprøving" av anken og at beslutningen fra ankeutvalget må begrunnes, jf. HR-2009-426-U og HR-2009-538-U, betyr at Høyesteretts ankeutvalg allerede i dag må foreta en grundig prøvning av anken, samt utforme en begrunnelse. Etter Advokatforeningens syn må slike saker uansett i stor grad henvises til ankebehandling: Allerede det at tingretten og lagmannsretten har kommet til forskjellige resultater til tiltaltes disfavor, er en omstendighet som tilsier at det sjeldnere kan finnes "klart" at anken ikke vil føre frem.

Advokatforeningen gir sin tilslutning til forslaget om at det presiseres i § 323 at det gjelder en omgjøringsadgang for ankenektelser hvor siktede er domfelt i lagmannsretten, men ble frifunnet i tingretten. Advokatforeningen er også enig i at en eventuell omgjøringsbeslutning som stadfester beslutningen om å nekte anken fremmet, må begrunnes.

Etter Advokatforeningens syn bør det ikke oppstilles nærmere krav til begrunnelsens innhold i loven. Dette gjelder også for en eventuell omgjøringsbeslutning. Dersom omgjøringsbegjæringen ikke inneholder annet enn en gjentakelse av det som ble anført i anken, antar Advokatforeningen at det som for lagmannsretten er tilstrekkelig med en henvisning til begrunnelsen som ble gitt i den første beslutningen om å nekte anken fremmet. Advokatforeningen finner grunn til å understreke at selv om etterprøvbarehensynet ikke gjør seg like sterkt gjeldende ved ankenektelser i øverste instans, bør ikke dette medføre at kravet til begrunnelsens innhold lempes. Begrunnelsen må vise at de feil som er påberopt, er oppfattet, og hvorfor det er klart at anken ikke vil føre frem. Begrunnelsen må videre skape sikkerhet utad for at det er foretatt en reell overprøving.

3.2 Beslutninger om å nekte anker fremmet i sivile saker – høringsnotatets pkt. 5

Advokatforeningen mener at også beslutninger om å nekte anker fremmet i sivile saker må begrunnes.

Ved forberedelsen av tvisteloven gikk Advokatforeningen imot forslaget om ankesiling til lagmannsrettene i sivile saker, og sluttet seg til mindretallets begrunnelse i NOU 2001:32 på side 779–780. Advokatforeningen stiller seg fremdeles kritisk til den silingsordningen som tvisteloven har innført, og etterlyser en gjennomgang av regelens forhold til Norges menneskerettslige forpliktelser og Grunnloven § 88.

Etter Advokatforeningens syn er ankenektelse uten at det gis begrunnelse også i sivile saker i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser.

Dersom nasjonal rett gir rett til anke, må ankebehandlingen tilfredsstillende kravene i EMK artikkel 6. Etter EMDs praksis følger det av kravet til en rettfærdig rettergang at også de fleste avgjørelser i sivile saker, må begrunnes. Det samme er lagt til grunn av FN's Menneskerettskomité i tolkningen av SP artikkel 14 nr. 1 (se *Verlinden mot Nederland*, Communication no. 1187/2003).

Advokatforeningen påpeker at når rettsavgjørelser skal begrunnes, er det ikke bare fordi dette er nødvendig for overprøving ved overordnet domstol, men dette skal også tvinge retten til å sette

seg inn i saken og basere avgjørelsen på en samvittighetsfull og reell vurdering av spørsmålene i saken og utelukke utenforliggende motiver. Begrunnelsen skal i tillegg gi partene og allmennheten mulighet til å etterprøve den vurderingen retten har foretatt. Disse hensynene, understreket av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1764 og HR-2009-1192-P, gjør seg gjeldende med samme styrke i sivile saker.

Begrunnelsen må etter Advokatforeningens oppfatning være så omfattende at den viser at lagmannsretten har foretatt en seriøs og reell vurdering av retts- og bevissspørsmålene i saken. Hvor omfattende begrunnelse som kreves, avhenger av sakens art, karakteren av de spørsmål som er omtvistet, og hvilken instans det er tale om (se *S.C. mot Norge*, premiss 49).

Advokatforeningen mener også at silingsregelen i tvisteloven § 29-13 står i et tvilsomt lys i forhold til Grunnloven § 88.

Det følger av Grunnloven § 88 at "*Høiesteret dømmer i sidste Instans*". Etter annet punktum kan innskrenkninger bestemmes ved lov. Unntaket etter annet punktum kan imidlertid etter Advokatforeningens mening ikke ukritisk benyttes til å legitimere den betydelige innskrenkningen tvisteloven § 29-13 annet jf. femte ledd gjør mht. ikke bare bevisbedømmelse, men også rettsanvendelse, grunnlovskontroll og saksbehandling.

Høyesterett uttaler i Rt. 1980 s. 52 at "*[g]ode grunner kan tale for at det ikke vil være i samsvar med grunnlovens § 88 å avskjære en anke i store grupper saker (...). Iallfall vil det være betenkelig å avskjære Høyesterett enhver adgang til å prøve rettsanvendelsen*".

Det er nettopp de virkningene Høyesterett her peker på, som etter Advokatforeningens syn vil kunne oppstå dersom lagmannsretten kan avvise anker uten begrunnelse. En beslutning om å nekte en anke fremmet kan kun ankes på grunn av saksbehandlingsfeil, jf. tvisteloven § 29-13 femte ledd. At Høyesterett i slike ankesaker er avskåret fra å prøve rettsanvendelsen, er i seg selv betenkelig i forhold til Grunnloven. I tillegg kommer at § 29-13 femte ledd representerer en ubetryggende og kanskje grunnlovsstridig rettsregel også fordi manglende begrunnelse vil hindre Høyesterett i å prøve lagmannsrettens saksbehandling. Når Høyesterett er gitt kompetanse til å prøve saksbehandlingen, må Høyesterett gjennom lagmannsrettens premisser settes i stand til å kontrollere denne uten å måtte gi seg hen til gjetning.

Det er derfor etter Advokatforeningens oppfatning grunn til å stille spørsmålstegn ved regelens grunnlovsmessighet. Dersom bestemmelsen skal stå seg i forhold til Grunnloven § 88, må det under enhver omstendighet kreves at det gis begrunnelse for en eventuell ankenektelse.

Advokatforeningen mener at en overprøving av silingsavgjørelser etter § 29-13 bør gå lengre enn til kun å omfatte lagmannsrettens saksbehandling. Etter Advokatforeningens syn er en overprøvingsadgang som også omfatter lagmannsrettens rettsanvendelse nødvendig for at silingsordningen skal bli praktisert så strengt som forutsatt. Det antas at dette vil øke arbeidsbyrden til ankeutvalget, men samtidig vil en slik overprøving gjøres noe lettere dersom lagmannsretten må grunngi hvorfor den finner det klart at anken ikke vil føre frem.

Uavhengig av om det er påkrevd av Grunnloven og Norges menneskerettslige konvensjoner, mener Advokatforeningen at det er hensiktsmessig å endre tvisteloven § 29-13 på tilsvarende måte som foreslått for straffeprosessloven § 321. Dette vil etter Advokatforeningens oppfatning bøte på en del av de svakhetene som silingsordningen til lagmannsretten i sivile saker utgjør, og vil også bedre harmonere med tvistelovens uttalte formål i § 1-1 at "*viktige avgjørelser [skal] begrunnes*".

3.3 Økonomiske og administrative konsekvenser – høringsnotatets pkt. 6


Advokatforeningen er enig i at de økonomiske og administrative konsekvensene av begrunnelsesplikten i straffesaker allerede er inntrådt, og endres ikke av at rettstilstanden reflekteres i lovteksten.

Advokatforeningen mener at lagmannsrettens arbeidsbyrde ikke vil øke nevneverdig av at det innføres et krav til begrunnelse av lagmannsrettens beslutninger om å nekte anker fremmet i sivile saker. Det forutsettes allerede i dag at det skal skje ”*en viss realitetsprøving fra lagmannsrettens side*”, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 297. I tillegg har det så vidt Advokatforeningen bekjent vært vanlig at dommerne har sirkulert et internt notat om anken bør fremmes mellom seg til forberedelse av beslutningen. Det antas imidlertid at kravet om å gi begrunnelse utad for beslutninger om å nekte anke fremmet vil medføre at flere saker blir henvist til ankeforhandling.

3.4 Merknader til lovutkastet – høringsnotatets pkt. 7

Advokatforeningen har ingen særskilte merknader utover de alminnelige betraktningene som er gjort til endringsforslagene.

Vennlig hilsen


Berit Reiss-Andersen
leder


Merete Smith
generalsekretær