

Bilag 21

Hans M. Michelsen

Domstolenes
uavhengighet

DOMSTOLENES UAVHENGIGHET

Av høyesterettsdommer

Hans M. Michelsen, Norge

1. Som emne ved plenumsmøtet under det kommende Nordiske Juristmøte er satt opp »Domstolenes uavhengighet.« Det er i de demokratiske samfunn et fundamentalt rettsvernsprinsipp og et uttrykk for at man står overfor en rettsstat at domstolene nyter uavhengighet. Prinsippet gir seg en rekke utslag: Kjernen i det kan dog sies å være at den utøvende makt, og da særlig justisministeren, ikke har rett til overfor domstolene å gripe inn i deres dømmende virksomhet ved å gi instruksjoner eller ved å omgjøre deres avgjørelser.

I sin bok om den danske statsforfatning sier Alf Ross på side 462:

»Netop fordi dette prinsipp er så almindeligt anerkjent, og forsøg på at krænke det sjældne, kan det være svært at gjøre dets fundamentale betydning forståelig«.

De nordiske land er gamle demokratier, og for oss står prinsippet om domstolenes uavhengighet som en selvfølgelighet. Det gjelder dog ikke og har ikke gyldighet i det som kalles de folkedemokratiske stater, og i det vi kan benevne som de nye land, er det av stor betydning å gjennomføre denne grunnsetningen. Det skal der bygges opp en rettsstat, nettopp med bl.a. uavhengige domstoler. I dette arbeidet har jurister fra de nordiske land vært trukket inn.

Også i våre land viser det seg, man kan si fra tid til annen, at det reiser seg spørsmål om hva som følger av prinsippet. Det kan være grunn til atter å sitere Alf Ross. I fortsettelsen av det jeg har gjengitt fra ham, sier han: »For mit eget vedkommende gik dette først tilfulde op for mig efter at jeg havde hatt lejlighed til at se hvad det i praksis betyder, at domstolene i en folkedemokratisk stat står under politisk tilsyn og kontrol«.

2. »Vi alene vide« sa salig Kong Frederik VI som regjerte over Danmark, Island og Norge. Kongen var eneveldig, og i det vi vel kan kalle

eneveldets iboende prinsipp lå det — og ligger det — at man rent juridisk ikke kan tale om noen uavhengighet for domstolene. Det var jo slik at Kongen var - for å bruke den norske tittelen -justitiarius i Høyesterett.

Virkeligheten var dog en annen enn dette juridiske utgangspunkt skulle tilsi.

I 1746 utga Montesquieu sitt berømte verk »L'Esprit des Lois« som bl.a. handlet om maktfordelingsprinsippet. Dette verket vant utbredelse og ble kjent også i Norden. Vi støter her i det danske, islandske, norske monarki på en mann ved navn Henrik Stampe. I årene før han døde i 1789, beklede han embetet som generalprocurør. Under ham hørte domstolene. Stampe var en tilhenger av eneveldet. Han la dog vekt på rettssikkerheten for den enkelte borger. Man måtte sikre borgerne, og derfor måtte domstolene være uavhengige av forvaltningen.

Realiteten var at domstolene i eneveldets siste tid i vårt dobbelmonarki nøy uavhengighet. Kongen og forvaltningen blandet seg ikke inn i deres dømmende virksomhet. I realiteten var dommerne uavsettelige - de ble bare fjernet etter dom.

3. Man kan si at våre grunnlovsgivere, i Norge betegnet som fedrene på Eidsvoll, kunne plukke en moden frukt.

Jeg vil søke kort å si noen ord om det juridiske grunnlag for at domstolene i de nordiske land nyter uavhengighet. Jeg tar dog et forbehold. Mens den annen referent, lagmannen Gunnar Ekeberg, vil ta for seg stillingen i Sverige, vil jeg særlig behandle forholdene i de øvrige land.

Det synes helt klart at forfatningene i disse land bygger på maktfordelingsprinsippet.

For Danmarks vedkommende har dette funnet sitt uttrykk i Grunnlovens § 3. Det sies der at den dømmende makt er hos domstolene. Man må i denne forbindelse også nevne Grunnlovens § 64 som handler om domstolenes funksjonelle uavhengighet, og hvor det heter at dommerne i sitt kall alene har å rette seg etter loven.

Nå er jo forholdet at den danske Grunnloven av 1953 avløste en tidligere forfatningslov, og at man har hatt enn tidligere grunnlover. Jeg har forstått det slik at også når det gjelder disse tidligere forfatninger, var maktfordelingsprinsippet lagt til grunn.

Islands Grunnlov er av 1944 og ble vedtatt etter at landet var blitt

atskilt fra Danmark. Jeg har antatt at forholdet før Grunnloven av 1944 var som for Danmark bestemt.

Man finner maktfordelingsprinsippet uttrykt i Grunnlovens §2. Denne bestemmelsen nevner de tre statsmakter og deres funksjoner, og det sies at den dømmende makt utøves av domstolene, I Grunnlovens Kapittel V finnes ytterligere bestemmelser. I §61 heter det således at dommerne bare skal la seg lede av loven når de utøver sine oppgaver.

Finland fikk sin Grunnlov - sin Regjeringsform - i 1919. Jeg har gått ut fra at det ikke har noen hensikt å søke å gjøre rede for domstolenes stilling i det tidligere storfyrstedømme Finland. Regjeringsformens § 2 taler om de tre statsmaktene, og i siste ledd i bestemmelsen sies det om domstolene: »Domarmakten hanhaves av oberoende domstolar, i høgste instans høgsta domstolen og høgste førvaltningsdomstolen.« Maktfordelingsprinsippet er således gjennomført i konstitusjonen.

Såvidt jeg kan bedømme, kan det vanskelig sies at den svenske regjerings-formen av 1809 bygget på maktfordelingsprinsippet. Høgsta Domstolen og hovrettene ble jo i henhold til den ansett som Kongens domstoler, og inntil 1909 hadde Majesteten to stemmer i Høgsta Domstolen. Inntil den nye forfatningen ble gitt, ble dommene fra Høgsta Domstolen ansett som avsagt på det kongelige slott. Det het dog i regjeringsformens av 1809 § 47: »Rikets hofrätter och alle andra domstolar skula efter lag og laga stadgar döma«. Man må kunne trekke den slutning at Kongen hadde to stemmer i Høgsta Domstolen, men ingen instruksjonsrett overfor dommerne. Uavhengige domstoler var gjennomført.

I den norske Grunnloven av 1814 finnes ingen bestemmelse som kan sies direkte å knesette maktfordelingsprinsippet. Det har dog aldri hersket den minste tvil om at den norske forfatningen bygger på dette prinsippet. Man kan utlede dette av Grunnlovens oppbygning hvor det sondres mellom de tre statsmaktene. I § 88 sies det at »Høiesteret dømmer i sidste Instans.«

Jeg vil, før jeg forlater dette avsnittet om den juridiske bakgrunn for domstolenes uavhengighet, få peke på et poeng som jeg antar er av vesentlig betydning. Våre land er utvilsomt hva man kan kalle gammel demokratier, og landene har hatt lange fredsperioder hvor vi har kunnet utvikle demokratiet og - og det er det viktige - skape en tradisjon for domstolenes uavhengighet.

4. Jeg nevnte innledningsvis at det spørsmål vi behandler, har aktualitet i land utenfor Norden. Det har også opptatt de folkerettslige institusjoner våre land står tilsluttet. Den første institusjonen jeg vil nevne, er Europarådet. Det er først og fremst artikkel 6 i konvensjonen om menneskerettigheter som kommer inn i bildet. Det heter innledningsvis i denne bestemmelsen: »In the determination of his civile rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.«

Dette utsagnet må sammenholdes med bestemmelsen i artikkel 25 som inneholder hjemmelen for det som kalles individual petitions. Borgerne i medlemslandene er gitt retten til å klage til kommisjonen når de mener at deres rettigheter etter konvensjonen er krenket.

På bakgrunn av disse bestemmelsene har det gjennom avgjørelser såvel i kommisjonen som domstolen utviklet seg en rettspraksis på det området vi behandler.

De forenede nasjoner har i 1985 vedtatt det som kalles »Basic Principles on the Independence of the Judiciary.« Det sies i vedtaket under punktene 1 til og med 5:

1. The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution of the laws of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary.
2. The judiciary shall decide matters before it impartially, on the basis of facts and in accordance with law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.
3. The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law.
4. There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions by the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.
5. Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals.

5. Maktfordelingsprinsippet tar sikte på en fordeling av statsoppgavene mellom de tre statsmakter. I prinsippet ligger det dog også at det skal være en balanse mellom disse. Man kan si at de tre makter skal holde hverandre i sjakk. På den måte sikrer man best såvel statens som den enkelte borgers interesser.

Det er ikke alle sider ved maktfordelingsprinsippet som har interesse i vår sammenheng. Vi behøver således ikke komme inn på forholdet mellom den lovgivende og den utøvende makt. I dette forholdet har jo maktfordelingssynspunktet undergått endringer i og med at vi har fått parlamentarismen.

For domstolene er det deres forhold til de to øvrige statsmakter som har interesse.

En viktig side ved det man kan kalle balansesynspunktet, er domstolenes prøvelsesrett overfor vedtak truffet av såvel lovgiveren som forvaltningen. Domstolene har kompetanse til å prøve grunnlovsmessigheten av de lovene som er gitt av nasjonalforsamlingen, og til å tilside-sette forvaltningsvedtak som ikke er lovmedholdige.

6. En annen side ved maktfordelingsprinsippet må nevnes. Artikkel 6 i den europeiske menneskerettskonvensjonen kan her atter trekkes frem. Det tales om »an independent and impartial tribunal«. Dette peker hen på borgernes tillit til domstolene, og erfaringene fra de ikke-demokratiske landene har i høy grad vist hvor stor betydning et slikt tillitsforhold har. Når folk vet at det går en direkte telefonlinje fra dommernes konferanserom til Justisdepartementet, nøler i alle fall borgerne i lengste laget med å søke beskyttelse hos domstolene.

7. Det er et utsagn som stadig fanger oppmerksomheten, og som sikter på en vesentlig realitet i ethvert demokratisk samfund. Man taler om the rule of law eller of justice. Uttrykket peker hen på en viktig side ved maktfordelingsprinsippet når det tales om forholdet mellom lovgiveren og den dømmende makt. Det er de folkevalgte nasjonalforsamlingene som gir lovene. Domstolene er bundet av lovene. Deres plikt er å anvende dem.

Man kan dog ikke, etter at man har fremholdt denne sannheten, forlate forholdet mellom den lovgivende og den dømmende makt. Man

må kunne slå fast at nasjonalforsamlingen som lovgiver ikke står fritt overfor domstolene. Det går en grense for hva lovgiveren med bindende virkning for domstolene kan foreta seg.

Jeg har nevnt forskjellige bestemmelser fra våre forfatningslover. Det sies i den danske Grunnloven at den dømmende makt ligger hos domstolene. I den norske heter det at Høyesterett dømmer i siste instans. Av slike formuleringer følger det en begrensning i den lovgivende forsamlings myndighet. Man kan ikke ved lov frata domstolene deres dømmende myndighet eller sterkt beskjære den på sentrale juridiske områder. Man kan her ikke legge avgjørelsen for eksempel til forvaltningen.

Norges Høyesterett har i en konkret sak avgitt en uttalelse nettopp om det spørsmål jeg nå har berørt. Man finner avgjørelsen i Norsk Retstidende for 1980 side 52 flg. Spørsmålet gjaldt konkret ankeadgangen overfor dommer av arbeidsretten. Høyesterett kom inn på Grunnloven §88 og uttalte:

»Gode grunner kan tale for at det ikke vil være i samsvar med grunnlovens § 88 å avskjære enhver anke til Høyesterett i store grupper av saker, for eksempel saker om det offentliges erstatningsansvar ved ekspropriasjon eller andre reguleringer, saker om kjøp og forsikring eller saker om eiendomsforhold og pant. Iallfall vil det være betenkelig å avskjære Høyesterett enhver adgang til å prøve rettsanvendelsen. Særlig vil dette gjelde hvis det oppstår spørsmål om hvorvidt anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med grunnloven, for eksempel grunnlovens § 97. For øvrig vil det her være nødvendig å ta hensyn ikke bare til bestemmelsen i grunnlovens § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans, men også Høyesteretts rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet, slik den er utviklet gjennom rettspraksis og bekreftet gjennom høyesterettsloven av 1926.«

I tilknytning til det jeg nå har sagt, kan det være på sin plass å komme nærmere inn på domstolenes adgang til å sette til side lover som grunnlovstridige.

Prinsippet kan sies å være greit nok. Man står dog overfor et vesentlig problem. Dersom det i en sak reises spørsmål om en lov eller deler av den er i overensstemmelse med forfatningen, må man gå ut fra at dette spørsmål har vært tatt opp til drøftelse under forberedelsen av og debatten om loven. Man kan således legge til grunn at lovgiveren har tatt stilling til om det foreligger grunnlovstridighet. Problemet blir da i hvilken grad domstolene skal respektere lovgiverens oppfatning av hva Grunnloven tilsier.

Norges Høyesterett har vært stillet overfor også denne problemstillingen. Spørsmålet er behandlet i en plenumsdom som er inntatt i Norsk Retstidende for 1976, side 1 flg.

Førstvoterende uttaler at han finner det klart at nasjonalforsamlingens forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten. Domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens. Skal dog prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven.

Det går av denne dommen frem at det må sondres alt etter hvor problemet stikker. Man har ifølge dommen tre forskjellige kategorier av tilfeller. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskes personlige frihet eller sikkerhet, vil Grunnlovens gjennomslagskraft være betydelig. Dreier det seg på den annen side om grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, vil domstolene i vid utstrekning måtte respektere lovgiverens eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter kommer i en mellomstilling.

Man kan si at i et demokratisk samfund har de sider ved maktfordelingsprinsippet som jeg nå har berørt, når man bortser fra det jeg vil kalle grensetilfellene, nærmest teoretisk interesse. Man kan tale om et anerkjent prinsipp.

Det kan dog være grunn til å nevne at det fra politisk hold har vært gitt uttrykk for misnøye med prøvelsesretten.

I sitt referat til Det nordiske juristmøtet i 1966 om dommerens utdanning og utnevnelse gjengir høyesterettsjustitiarius Terje Wold en uttalelse fra den britiske helseminister Bevan. Da det under behandlingen av en ny helselov ble foreslått å åpne adgang til appell til High Court, uttalte han: »This amendment would mean judicial sabotage of our socialised services under which the function of industrial discipline would be entrusted to the judiciary.«

I en forelesning som han holdt i 1989, uttalte den tidligere engelske Lord Chancellor, Lord Hallsham:

»But surely, it will be asked, everyone supports judicial independence? Oh, do they? Certainly not the public or the back-benchers in the House of Commons who constantly revile, frequently from inconsistent standpoints, individual judges or particular decisions, or what they imagine to be judicial policies and daily demand indi-

vidual judges to be directed or rebuked (presumably by the Executive Government) to move in this direction or that, or even should be removed from office. Certainly not the Opposition, whichever party happens to be on the Speaker's left. Certainly not party conferences of any hue. And, least of all, I may assure you, individual members of the Cabinet, whose Departmental Interests from time to time basically conflict not only with the views of the judiciary, where they are entitled to differ, but in the provision of the means necessary to enable the courts to discharge their functions.«

Jeg har hørt en uttalelse fra en norsk parlamentariker. Den kom fra tidligere stortingsrepresentant og leder av vårt konservative parti, Hambro. Det var falt en dom i Høyesteretts plenum som, la meg si det slik: gjorde et innhugg i en lov som gjaldt rettsoppgjøret etter krigen. Under en debatt om de økonomiske følger av denne dommen uttalte Hambro: »En høyesterettsdommer er lavet av blekk og papir.«

Man må vel dog med henblikk på våre forhold ha lov til å si at det bare har dreiet seg om krusninger på overflaten når det gjelder balansen mellom lovgiveren og den dømmende makt.

8. Det er forholdet mellom den utøvende og den dømmende makt som fanger interessen. Det man oppfatter som det klassiske element i læren om maktfordeling, er den utøvende makts manglende kompetanse til å gi den dømmende makt instruks om hvorledes det skal dømmes. Man taler om den saklige uavhengighet.

Forvaltningen kan ikke instruere en domstol om hvordan en konkret sak som er innbrakt til avgjørelse, skal løses. Det ligger dog noe mer i prinsippet. Den utøvende makt kan ikke gi instruks om hvordan arter av saker skal behandles og avgjøres.

Det er i våre demokratier ingen uenighet om disse teser, og man vil ikke kunne påvise forsøk fra forvaltningens side på å øve slik innflytelse over domstolsavgjørelser. Det vi kan kalle den motsatte praksis, er dog ikke ukjent i ikke-demokratiske stater. Vi opplevde det i Norge under krigen. Politiministeren forlangte at den standrett han hadde nedsatt — med utplukkede dommere — skulle dømme politifullmektig Eilifsen til døden. Så skjedde. I enkelte land anser man domstolene som de utøvende myndigheters forlengede arm. Jeg minner om uttalelsen om den direkte telefonlinjen.

9. Det ligger noe mer i det prinsippet som er nevnt. Den utøvende makt har ingen kompetanse til å omgjøre en avgjørelse som er truffet av en domstol. I dette ligger det vesentlige at dommeren ikke skal måtte behøve å se hen til at hans avgjørelse kanskje ikke vil hve den utøvende makt som derfor vil omgjøre den. En benådningsbeslutning innebærer dog ikke noen revisjon av en dom som er falt.

10. Nå er imidlertid forholdet at eksekutivmakten utøver forvaltningsmyndighet overfor domstolene. Det må her trekkes grenselinjer: Man kan stille spørsmålet slik: Hva er uakseptabel instruksjon og hva er godtakbar forvaltningsutøvelse.

Man kan ta et utgangspunkt. Uavhengigheten er ikke gitt dommerne som et personlig privilegium. Den er en rettsvernsgaranti. Jeg har nevnt begrepet saklig uavhengighet. Den utøvende makt kan ikke gjennom sine forvaltningsmessige tiltak sette hensynet til rettsvernet i fare. Man taler også om den subjektive eller personlige uavhengighet. Dommeren skal være trygg for at hans avgjørelse ikke medfører uhendlige konsekvenser for ham personlig. På dette punkt kan det atter være grunn til å fremheve den betydning det har at folk har tillit til domstolene.

Administrasjonen må dog kunne gi alminnelige bestemmelser om domstolenes virke. Slik myndighet for den utøvende makt er hjemlet i våre prosesslover. Etter den norske domstolsloven kan Kongen for eksempel gi regler om fordelingen av sakene mellom dommerne i kollegiale domstoler. Kongen kan bestemme inndelingen i lagsogn og rettskretser og gi regler om innredningen i rettssalene og om bruk av dommerkapper. Det er neppe noen uenighet om disse forhold. Man kan gjerne si at Kongen gir ordensregler.

11. Det er dog et annet forhold som tiltrekker seg oppmerksomheten. Jeg har i tankene det vi kan kalle administrasjonens, særlig Justisdepartementets, kontrollerende virksomhet overfor domstolene. Man taler i tysk rett om Justizaufsicht. Man kan si at nå rører vi ved byllen.

Jeg antar at man kan skille ut — vi kan kalle det — et saksområde. I den utstrekning domstolene er hva vi på norsk kaller oppebørselsbetjenter eller forvalter av statlige midler, synes det klart at de sentrale forvaltningsmyndigheter ikke bare kan gi forskrifter om regnskaper og for-

valtning av midlene, men også må kunne utøve kontroll. Denne må kunne bestå i etterfølgende revisjon av regnskapene. Det må dog også kunne gjennomføres inspeksjoner. Riksrevisjonen kommer på besøk.

Spørsmålet blir vanskeligere når man kommer utenfor slike forhold av økonomisk karakter. Man har for eksempel en kontroll med at en domstol får sine saker unna innen rimelig tid. Man har et uttrykk i det danske sprog. Man taler om smøleri, altså sommel. Smøleri kan innebære en rettsfornektelse. Jeg kan ikke anse det tvilsomt at domstolene på dette området må finne seg i en kontroll, nettopp fordi man kan komme rettsvernet for nær.

Spørsmålet blir dog hvem som skal utøve en slik kontroll — forvaltningsmyndigheten, en overordnet domstol eller - ved kollegiale domstoler — rettspresidenten. Dette er en del av et større problemkompleks som jeg skal komme tilbake til.

12. Forholdet mellom sentraladministrasjonen og domstolen har mange aspekter. Det er mange spørsmål som har vært reist, og som må behandles.

I fokus står spørsmålet om utnevning og forfremmelse av dommere. La meg bare minne om forholdet i de tidligere kommunistiske land. En person blir »called to the bench« fordi vedkommende er av den rette tro og kan anses som en forlenget arm for det politiske system.

Også i våre demokratiske land er det et fremtredende trekk at de politiske organer spiller en stor rolle når dommere utnevnes eller forfremmes. I alle våre land er det vel sik at den endelige avgjørelse i slike spørsmål ligger hos — vi kan vel kort si — statsjefen, i alle fall dersom det dreier seg om utnevning til høyere dommerembeter.

Domstolene kan dog i større eller mindre grad spille en rolle og da som rådgivende instans.

I Norge utnevnes alle dommere av Kongen i statsråd. Det foreligger en innstilling fra Justisministeren. Det er ikke for mitt lands vedkommende noen lovregler som påbyr at det forut for behandlingen i departementet eller statsrådet skal ha foreligget noen uttalelse fra dommerhold. På den annen side er den ordning ukjent at en dommerutnevning skal godkjennes av nasjonalforsamlingen.

Man kan således med adresse til forholdene i Norge si at utnevningen til dommerembeter er en politisk affære. Man må dog ikke legge for

meget i ordet politisk. Det innebærer bare at det er de politiske myndigheter som treffer avgjørelsen. Vi har dog for noen år siden fått hva man kan benevne som en oppmykning. I tiden omkring 1970 ble det fra et nedsatt utvalg fremmet forslag overfor Justisdepartementet om at det burde etableres et rådgivende organ for departementet ved dommerutnevnelser. Forslaget ble i mange år liggende i en skuff i departementet. For få år siden ble imidlertid et slikt utvalg oppnevnt. Det fremkommer således nå et råd fra et hold utenfor departementet. Utvalget er sammensatt av dommere og advokater. Det må påpekes: Det er et rådgivende organ og hverken Kongen eller departementet er ved sin myndighetsutøvelse bundet til å velge blant dem dette rådet har innstilt.

Når det gjelder utnevnelser i Høyesterett - bortsett frajustitiarieembetet - er forholdet i Norge at søkerlisten forelegges for Høyesterett. Det som skjer fra domstolens side, er at det avgis det som i det profesorsale sprog kalles en kompetanseerklæring. Også denne uttalelsen er av rådgivende karakter. Det har ikke forekommet at det er utnevnt noen som ikke slik har oppnådd denne erklæring.

I Danmark og Island foregår - slik jeg har oppfattet situasjonen - utnevnelserne gjennom det jeg har kalt de politiske myndigheter. Det synes dog å være ordningen at det foreligger uttalelser fra dommerhold.

I Sverige og i Finland synes domstolene å være gitt større innflytelse ved dommerutnevnelser enn i de andre skandinaviske landene.

Jeg minner om at høyesterettsjustitiarius Terje Wold i forbindelse med Det nordiske juristmøtet i 1966 skrev et lengre referat om prinsippene for dommernes utdanning og utnevning.

Ikke minst i Danmark har man i den senere tid drøftet spørsmålet om dommerutnevnelser. I et notat som er fremkommet fra universitetshold, heter det:

»Det bør opstilles som en lovmæssig betingelse, at ingen kan udnævnes til dommer uden at pågældende har virket som advokat eller i anden af Justitsministeriet og anklagemyndigheden uafhængig hovedstilling i mindst 5 år. Endvidere bør oprettes et Dommeransættelsesnævn med bred repræsentation, som på baggrund af sædvanlige ansøgninger efter åbne opslag i relevante fagtidsskrifter m.v. tager stilling til besættelse av ledige dommerstillinger. Herved skabes en effektiv barriere for den direkte og næsten mekaniske eksport af personer, der udelukkende er skolet i en justitsdepartemental praksis, tankegang og tradition, til domstolene. De forventelige gavnlige virkninger for domstolenes betjening af befolkningen er åpenbare.«

Det kan nevnes at Alf Ross i sin bok om den danske statsforfaring uttaler på side 465:

»Det ville derfor, målt ud fra ønsket om at gardere dommernes integritet, være en rimelig tanke at henlægge dommerstandens rekruttering, eller i hvert fall forfremmeisene, til domstolsorganisationen selv, f.eks. til et »dommerstandens råd« hvori valgte representanter for domstolsinstanserne havde sæde».

I sitt oppsett til møtet i 1966 uttaler Terje Wold på side 28:

«Det er imidlertid en potensiell fare til stede dersom utnevnellesmyndigheten eksklusivt tilligger enten den lovgivende, den utøvende eller den dømmende makt.»

Under hans konklusjoner heter det:

»Dommerutnevnelserne bør ikke skje av regjeringen alene. En domstolsrepresentasjon - dommerråd eller dommerutvalg - hvor også representanter for de praktiserende jurister er med, bør delta og ha adgang til å øve innflytelse ved dommerembetenes besettelse.»

Vi har altså i Norge fått et slikt rådgivende organ.

En ordning som innebærer at et politisk organ og da uten råd fra dommerhold foretar utnevnelser og forfremmelser, kan kritiseres. Det er blant annet fare for at man henfaller til den form for utvelgelse som innebærer at man utpeker dommerne fra egne rekker, fra administrasjonen. På den annen side kan man etter min oppfatning ikke lukke øynene for at den foreslåtte ordning fra universitetshold i Danmark har sine svake sider. Det kan bli tale om kameraderi.

Personlig foretrekker jeg den ordningen som Terje Wold gjorde seg til talsmann for. Jeg skal ikke i detaljer ta opp spørsmål om hvordan ordningen bør utbygges. Jeg vil bare nevne at et spørsmål er om det bør innføres den regel at de politiske myndigheter bare kan utnevne en av dem som står på den listen som er oppstillet av dommerrådet. jeg er ikke sikker på om dette er en anbefalelsverdig ordning. Man har hatt systemet for en del offentlige stillinger, og har da opplevd at rådet har innstilt den man ønsket, og så plassert ved dennes side det vi kan kalle umuligusser. Faren for en slik fremgangsmåte synes dog svært liten ved et dommerråd.

Slik den faktiske ordningen er i alle fall i relasjon til de fleste dommerutnevnelser, kan man reise spørsmålet om politiske utnevnelser —

ordet politisk nå brukt i en annen betydning enn jeg tidligere har nyttet det. Det klare utgangspunkt må etter min oppfatning være at det ikke må være noen minusfaktor for en søker at han tidligere har engasjert seg politisk. På den annen side må dommerembeter ikke brukes som politisk belønning. Jeg stiller meg i det hele tatt tvilende til om det overhodet skal tillegges vekt i positiv retning at en søker til et dommerembete har politisk erfaring.

Vi hadde tidligere i Norge ekstraordinære og såkalte tilkalte dommere i Høyesterett. Da denne fremgangsmåte for lengst er forlatt, går jeg ikke inn på de problemer som i den forbindelse ble reist.

13. Et vesentlig trekk ved uavhengigheten er dommernes uavsettelighet som det heter. En dommer kan ikke mot sin vilje avsettes administrativt, bortsett fra ved oppnådd aldersgrense, eller forflyttes. Avskjed kan bare finne sted ved dom og på grunnlag av bestemte kriterier oppstillet i lov. I Norge finner man bestemmelsen i straffelovens ikraft-tredelseslov § 10. Avskjedsgrunn er at dommeren viser seg ute av stand til å røkte sin tjeneste, eller at de nødvendige eller gyldige foreskrevne betingelser for tjenesten ikke finnes å være til stede. En dommer kan også fradømmes sitt embete som straff dersom han ved straffbar handling har vist seg uskikket eller uverdigg til å røkte embetet, straffelovens §29 nr. 1. Det er en betingelse at almene hensyn i så fall krever at embetsmannen avskjediges. Det er de ordinære domstoler som med vanlig instansfølge avgjør et krav om avskjed. Det kan nevnes at den siste dommen skriver seg fra 1854. Noen dommere har dog frivillig forlatt embetet etter at det var reist spørsmål om avskjedssak skulle innledes.

I Danmark har man bestemmelsene i Retsplejelovens §49 som etablerer det som kalles Den særlige Klagerett. Denne retten kan avskjedige en dommer dersom vedkommende graverende har gjort seg skyldig i et forhold som må svekke eller gjøre ham uverdigg til den aktelse og tillit som dommerkaliet forutsetter eller dersom vedkommende tidligere er dømt for slike forhold som bestemmelsen omfatter.

14. Det jeg nå har behandlet, leder over til spørsmålet om disiplinærforføyninger overfor dommere. I Danmark har man her en ordning som

går frem av retsplejelovens §49. Det er Den særlige Klagerett som er kompetent organ, og det materielle innhold går fram av stk. 1, 2 og 3 i bestemmelsen. Man skal merke seg at det i stk 1 heter at enhver som anser seg krenket ved utilbørlig eller usømmelig forhold fra en dommers side under utøvelsen av embetsvirksomheten, kan fremsette besværing. Foruten avskjed som jeg har nevnt, er reaksjonen at retten uttaler sin misbilligelse eller ilegger bøter.

I Norge har vi ikke tilsvarende regler, og det må føyes til at det ikke tilligger overordnede domstoler noen kompetanse til å føre det jeg vil betegne som en administrativ kontroll med underordnede domstoler.

Jeg har tidligere nevnt at et utvalg omkring 1970 fremmet noen forslag overfor Justisdepartementet. Blant det man foreslo, var også at det skulle innføres — etter dansk mønster — en særlig klagerett. Også dette forslaget ble liggende i en departemental skuff. Den norske dommerforening har tatt opp det gamle forslaget, men noe resultat av henvendelsen har vi ennå ikke sett.

Ut fra dette kan man med henblikk på forholdene i Norge slå fast at det er Justisdepartementet som utøver kontrollen med dommerne. Det står dog få midler til disposisjon for forvaltningen. Dersom forholdet ikke menes å kunne lede til avskjed, har departementet intet annet middel til sin rådighet enn å uttale sin beklagelse.

Etter min oppfatning kan den nåværende norske ordning ikke sies å være tilfredsstillende. Dommerforeningens forslag bør tas til følge.

Jeg har hittil hatt i tankene tilfeller hvor det har foreligget slike forhold som i Danmark kunne vært innbragt for Den særlige Klageret. Det forekommer dog at det hos den dommer avdekkes forhold som ikke er av denne graverende art, men som dog bør foranledige en inngripen. Man kan tenke seg at en dommer ikke får sine saker fra hånden. Her må forvaltningen eller ved de kollegiale domstoler rettspresidenten kunne gripe inn. Det er dog et vanskelig spørsmål å avgjøre hvor langt man kan gå overfor dommeren.

15. En norsk dommer kan bare avskjediges ved dom. Det følger dog av Grunnlovens § 22 at dommeren kan suspenderes. Det skjer i så fall ved kongelig resolusjon. Det sies i Grunnloven at dommeren da straks »skal tiltales for domstolerne«. Under suspensjonen oppbeærer embetsmannen full lønn. Suspensjonsgrunn foreligger når det er begrunnet mis-

tanke om at avskjedsgrunn er til stede. Det er således den utøvende makt som har kompetansen til å suspendere dommere. Ordningen kan diskuteres. Den må dog kunne sies å være praktisk. Når mistanke om avskjedsgrunn foreligger, kan det være påkrevet, bl.a. av hensyn til publikums tillit til domstolene, at dommeren straks fjernes fra embetet.

16. I relasjon til avskjed, disiplinærforføyninger, suspensjon og kontroll reiser det seg et spørsmål. Kan man bruke som grunnlag at dommerens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse - la meg bruke uttrykket — lar tilbake å ønske. Spørsmålet må etter min oppfatning besvares benektende. Man rører her ved kjernepunktet i uavhengigheten. Under enhver omstendighet skulle man bare kunne skride inn dersom dommeren forsettelig har »gått utenfor den smale sti«, men selv ikke i slike tilfeller vil jeg tro det skulle kunne reageres. Man ville gripe inn direkte i den dømmende virksomhet, og det kompetente organ ville stå overfor meget vanskelige avveiningsspørsmål. Man kan kanskje ta et forbehold for det tilfellet at et hele fremstår så balstyrig at det er åpenbart at vedkommende er uskikket til fortsatt å røkte dommergjerningen.

17. Man har i våre land hatt ordninger som har innebåret at en offentlig ansatt har hatt en kombinasjon av plikter for det offentlige. Det som i vår sammenheng at tiltrukket seg oppmerksomheten, er at en og samme person har hatt oppgaver som ligge under påtalemyndigheten, samtidig som han er dommer i straffesaker. I Island har man hatt slike kombinasjoner.

En kombinasjon av forvaltningsmessig og dømmende virksomhet er etter min oppfatning i seg selv betenkelig. Den kan skape en lojalitetskonflikt, og det kan hos de rettssøkende oppstå mistanke om dommerens uhildethet. Enn mer betenkelig blir forhold dersom en person har oppgaver for påtalemyndigheten og er dommer i straffesaker.

Utilstедelig blir det dersom samme person i samme sak har opptrådt på vegne av påtalemyndigheten og som dommer. Island har hatt en sak om dette for Den europeiske kommisjon for menneskerettigheter. Avgjørelsen gikk landet imot, jfr. konvensjonens artikkel 6. Saken ble brakt inn for domstolen, men kom der ikke til pådømmelse da Island hadde etablert en ny ordning, og inngått forlik i den verserende sak.

Spørsmålet kan sies direkte å relatere seg til inhabilitetsforholdet. Det har dog etter min oppfatning også en adresse til uavhengighetssynspunktet.

18. Det spørsmål jeg nå har drøftet, leder over til en beslektet problemstilling. En dommer kan ved siden av sitt dommerembete ha andre verv.

Man har således drøftet om en dommer bør engasjere seg i politisk virksomhet. Ser man historisk på saken, kan man for Norges vedkommende bare konstatere at dommere har deltatt politisk — på det statlige såvel som på det kommunale plan.

Man kan vel ikke lukke øynene for at et aktivt politisk engasjement fra en dommers side kan — som kommisjonen uttrykker det i saken om Island — skape frykt hos det rettssøkende publikum for at dommeren ikke frembyr tilstrekkelig garanti for upartiskhet. På den annen side kan man nettopp ut fra den historiske erfaring si at samfunnet har bruk for at dyktige folk tar på seg politiske verv. Ja, man kan drøfte om det ikke er en menneskerett slik å delta aktivt i samfunnslivet.

Rent personlig vil jeg dog si at man bør holde seg unna aktiv politisk virksomhet når man er blitt utnevnt til dommer. Jeg viker dog tilbake for å si at det skulle være utilstedeilig.

En dommer kan ved siden av sitt embete ha påtatt seg andre oppgaver for det offentlige. Jeg tenker ikke nå på det jeg har kalt stillingskombinasjoner. En dommer er blitt oppnevnt som formann i eller medlem i et offentlig råd eller utvalg. Jeg kan ikke se at det er noen betenkeligheter ved en slik kombinasjon. Det offentlige kan ha behov for å gjøre bruk av en dommers kompetanse og hans upartiske holdning.

En dommer må også kunne delta i foreningslivet, også i de såkalte hemmelige selskaper. Mange vil dog vise en tilbakeholdenhet. En sorenskriver i en liten by fortalte meg at han bare var medlem av byens sjømannsforening — han var nemlig opprinnelig utdannet som marineoffiser. En dommer må videre kunne påta seg verv innen selskaper som driver økonomisk virksomhet, men det bør her også vises tilbakeholdenhet.

19. Man har i den senere tid i Norge hatt en drøftelse som er gitt adresse til dommernes uavhengighet. Spørsmålet gjelder etter hvilke

prinsipper fordelingen av saker mellom dommere skal skje innen de kollegiale domstoler. Det har vært hevdet at denne fordelingen må skje ut fra det som kalles tilfældighetsprinsippet. I dette ligger at en ny sak som kommer inn, skal tildeles den dommer som - for å uttrykke det enkelt - står for tur til å få en ny sak. Motstykket er at rettens formann, rettspresidenten, etter skjønn fordeler sakene på dommerne. Det er en slik ordning man har ment krenker prinsippet om dommernes uavhengighet. Man har vist til prinsippene om uavsettelighet og pekt på at en dommer ikke kan forflyttes.

Det kan være hensiktsmessig å søke å sette problemet på sin rette plass. Etter min oppfatning vil i annen og tredje instans hvor domstolene jo alltid er et kollegium, tilfældighetsprinsippet råde. Man kan si at dette er det eneste praktiske. Såvidt jeg kan se, reiser spørsmålet seg bare der hvor sakene behandles av én fagdommer.

Etter den norske domstolslovs § 19 annet ledd kan Kongen gi regler om fordelingen av saker mellom medlemmene av herreds- og byretten. Ved en resolusjon av 1966 benyttet Majestet seg av denne hjemmelen. I § 1 er det foretatt en oppdeling i saksgrupper, og så sies det i § 2 at fordelingen for hver saksgruppe skal skje etter en bestemt turordning. Det er gjort noen rent praktiske unntak fra denne regelen.

Resolusjonen ble opphevet i 1990. Departementet hadde funnet at de detaljerte og absolutte regler ikke medvirket til en effektiv og smidig saksbehandling. I foredraget uttaler Justisdepartementet:

»Det har vært hevdet at en saksfordeling som ikke bygger på et tilfældighetsprinsipp vil komme i strid med grunnleggende rettsikkerhetsidealer. I foredraget til den kgl. res. som ga saksfordelingsinstruksen, er man inne på dette når det fremholdes at det »særlig ut fra hensynet til rettsikkerheten, bør overlates til tilfældighetenes lov å avgjøre hvilken dommer som skal ha saken til behandling«. Departementet har ved nå å foreslå instruksen opphevet, ikke endret syn på dette punkt. *En opphevelse betyr ikke at den praksis som idag finner sted ved det overveiende antall av de kollegiale herreds- og byretter og som tar utgangspunkt i et rotasjons- eller tilfældighetsprinsipp, ikke kan fortsette også i fremtiden. Men det er også andre hensyn som må tas når saksfordelingen vurderes. Saksfordelingsrutinene må tilpasses - det gjøres også i dag - forholdene slik de er ved den enkelte domstol og hensynet til saksavviklingen. Den grunnleggende rettsikkerhetsgaranti er at ingen utenfor domstolen skal kunne påvirke rettens sammensetning (og heller ikke domstolen ved valg av legdommere). Avvik fra tilfældighetsprinsippet basert på strengt saklige hensyn vil under iakttagelse av de strenge habilitetsregler som gjelder for dommere, ikke bety noen svekkelse av rettsikkerheten. Også en effektiv og rasjonell saksavvikling er for øvrig en del av rettsikkerhetsaspektet i videre forstand.»*

Jeg er enig i disse betraktningene. Det må dog tilføyes at Stortingets Justiskomité har gitt uttrykk for at den er betenkt over den oppmykning av tilfældighetsprinsippet som fremgår av departementets innstilling. Det anføres at tilfældighetsprinsippet bør beholdes som hovedprinsipp.

I Danmark har Max Sørensen vært inne på problemet i sin bok om den danske statsforfatning. Han sier om ordningen ved København byrett hvor rettspresidenten bestemmer fordelingen av sakene, at det her ikke kan være betenkeligheter ut fra de hensyn Grunnloven søker å tilgodese.

Også i Sverige har problemet vært drøftet i den senere tid. Under overskriften »Aktuell debatt. Domstolsorganisationen och domarrollen — några synspunkter.« — Har Erik Holm i SvJT for 1992, særlig side 772 og side 773, tatt opp spørsmålet. Han gjør seg til talsmann for tilfældighetsprinsippet.

Etter min oppfatning må det sterkt fremholdes at det hvor rettspresidentens skjønn blir det utslagsgivende, ikke er en instans utenfor domstolen som bestemmer fordeligen av sakene mellom dommerne.

20. I diskusjonen om dommernes uavhengighet er i våre land med rette trukket inn spørsmålet om deres avlønning og i det hele det man kan kalle deres materielle vilkår. Dersom man sulteforer dommerne eller byr dem de mest kummerlige omgivelser, er det fare på ferde, og det av flere grunner. Sitter dommerne i trange kår og har det kummerlig, kan de lettere komme i et avhengighets forhold.

Det er dog ikke her og slik skoen trykker. Lav lønn og dårlige arbeidsforhold vil medføre en fare for rekrutteringen til dommerembetene. Man får ikke de gode folkene, og da er rettssikkerheten i fare.

Spørsmålet om dommernes kår har dog en annen og meget viktig side. Jeg sikter til problemet om av hvem og hvordan dommerens godtgjørelse skal fastsettes. Jeg skal ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet. Det er vanskelig å tenke seg at dommerne på dette området, som jo griper inn i nasjonalforsamlingens bevilgningsrett, skulle ha noen vidstrakt selvråderett. På den annen side er en for stor bundethet til den utøvende makt ikke ønskelig. I Norge har dommerforeningen tatt til orde for at dommerne tas ut av det vanlige lønnsregulativ. Dette har

skjedd for Høyesteretts dommere. Deres lønninger fastsettes av Stortingets presidentskap.

21. Jeg vil til avslutning nevne en sak fra tysk rettspraksis. Man har i Tyskland opprettet det som kalles Richterdienstgerichte. Hensikten har vært å gi dommere en rakst mulighet for å få klarlagt om tiltak fra den utøvende makt griper inn i deres uavhengighet.

En Landgericht behandlet en sak hvor en deltaker i en pakketur krevde en delvis tilbakebetaling av »kjøpesummen«. Begrunnelsen for kravet var at vedkommende var blitt plassert på et hotell sammen med 25 handicappede. Turisten vant saken. Landsretten uttalte at det hadde dreiet seg om et betydelig inngrep i feriegleden.

Avgjørelsen vakte røre ikke bare hos organisasjoner for handicappede, men hos almenheten. Det kom til en demonstrasjon utenfor rettsbygningen, og sinte brev ble sendt til den stedlige justisminister. Han rykket ut offentlig og uttalte at han ville ta skritt for å hindre gjentakelser og kritiserte i det hele tatt dommen. Dommerne som var ansvarlig for dommen, benyttet seg av adgangen til å klage til denne særlige tjenesteretten. De vant frem.

Det var dog bare overfor kritikk fra eksekutivmakten at de tyske dommerne hadde denne klageretten. Uttalelsene fra almenheten måtte dommerne tåle, og også dommerne i våre land må finne seg i kritiske bemerkninger fra offentligheten, for eksempel i media, om deres embetsutøvelse. Uavhengigheten krysses av ytringsfriheten.

Her kan man fremheve dommerholdningen. Det er av vesentlig betydning at dommerne gjennom hele sitt virke streber etter uavhengighet. På dette punkt spiller dommernes utdanning og de kvalitetskrav som bør stilles til dem ved utnevningen, en avgjørende rolle.