



BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 2

Justis- og beredskapsdepartementet, sivilavdelingen
Postboks 8005

0030 Oslo

Deres referanse

Vår referanse

20-153731ADM-BORG/BORG

Dato

28.04.2021

HØRING – NOU 2020: 11 DEN TREDJE STATSMAKT – DOMSTOLENE I ENDRING

1 INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev 27. oktober 2020 vedrørende NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt Domstolene i endring (heretter «utredningen») fremlagt av Domstolkommisjonen (heretter «kommisjonen»). Nedenfor følger Borgarting lagmannsretts høringsuttalelse. Vi har valgt å konsentrere vår høringsuttalelse om de delene av utredningen som behandler anke-domstolens funksjon og saksbehandlingen for ankeinstansen.

Kommisjonens utredning har blitt grundig behandlet i lagmannsretten. Alle dommerne har fått en kopi av utredningen. Vi har holdt et allmøte for alle ansatte, der leder for sekretariatet i kommisjonen presenterte utredningen. Ledelsen i lagmannsretten har hatt et eget seminar om utredningen, der de viktigste punktene i utredningen ble presentert og diskutert. Møtereferatet fra seminaret, med ledelsens foreløpige synspunkter, ble sendt til alle dommerne med oppfordring om å gi kommentarer og innspill. Lagmannsrettens faggrupper i sivilprosess, straffeprosess og menneskerettigheter, lagmannsrettens jordskiftedommer og interne grupper med ansvar for digitale domstoler og media har gitt skriftlige innspill til høringsuttalelsen.

Etter punkt 2, der vi gir uttrykk for noen overordnede synspunkter, følger nummereringen kapittelinnstillingen i utredningen.

Postadresse
Postboks 2107 Vikta, 0125 Oslo

Sentralbord
21 55 80 00

Saksbehandler
Kristine Bielke Djupvik

Bankgiro

Organisasjonsnummer
974707128

Kontoradresse
Keyzers gate 13, 0165 Oslo

Telefaks

Telefon

Ekspedisjonstid
0800-1545 (1500)

Internett/E-post
<http://domstol.no/borgarting>
borgadm@domstol.no

2 NOEN OVERORDNEDE SYNSPUNKTER

Borgarting lagmannsrett mener kommisjonen har gjort et grundig og godt arbeid, og vi kan i all hovedsak gi vår tilslutning til kommisjonens beskrivelse av domstolenes virksomhet i dag, samt de utfordringer domstolene har møtt og vil møte fremover. Vi er også i hovedsak enig med kommisjonen i deres forslag til strukturendringer og tiltak og lovforslag for å sikre domstolenes videre uavhengighet. På et par punkter støtter vi mindretallet i kommisjonens forslag, ut fra et ønske om ytterligere å styrke domstolenes uavhengighet. Dette gjelder spørsmålet om antall dommere i styret i Domstoladministrasjonen (heretter «DA») og i Innstillingsrådet. Videre foreslår vi å grunnlovfeste at domstolene som institusjon og statsmakt skal være uavhengige fra de øvrige statsmakter, og at den enkelte dommer er uavhengig. Dermed vil alle grunnpilarene som domstolenes uavhengighet hviler på, være grunnlovfestet. Se nærmere om dette i våre kommentarer til kapittel 18 nedenfor.

Vi er også i all hovedsak enige i kommisjonens forslag for å sikre en bedre tvistesaksbehandling, inkludert forslagene for ankebehandlingen. Vi er enig i kommisjonens overordnede mål om en konsentrert og proporsjonal tvistesaksbehandling i første instans – og at ankebehandlingen i større grad bør utgjøre en overprøving av tingrettens dom og ikke en full ny omprøving av saken.

Borgarting lagmannsrett er også enig i flere av virkemidlene og lovendringene kommisjonen foreslår for å oppnå de overordnede målene. På visse punkter er vi imidlertid ikke enige i at forslagene vil gi en bedre og mer effektiv tvistesaksbehandling, men snarere det motsatte. Dette gjelder særlig kommisjonens forslag om en mer omfattende skriftlig behandling. Vårt syn er at en overgang mot en mer skriftlig prosess – der dommerne under saksforberedelsen skal sammenfatte sakens tvistepunkter og lese en større del av sakens dokumenter – vil kunne gi en økt ressursbruk i denne fasen av saksbehandlingen som ikke oppveies av en kortere muntlig forhandling. Dette gjelder i alle fall for ankebehandlingen. Se nærmere om dette nedenfor i våre kommentarer til kapittel 22 og kapittel 25.

7 DOMSTOLENE OG FORVALTNINGEN

Borgarting lagmannsrett mener at kommisjonens funn vedrørende i hvilken grad domstolene prøver forvaltningsvedtak, herunder sammenligningene med andre land, er viktige. Funnene gir grunnlag for å stille spørsmål ved om individenes rettigheter og vern i forvaltningssaker er effektivt, og om for få forvaltningssaker behandles av domstolene. Spørsmålet om domstolskontrollen er sterk nok, og om individets vern i forvaltningssaker er effektivt, bør utredes videre. I en slik utredning bør man ha et helhetlig perspektiv, der grunnleggende rettsstatlige og menneskerettslige perspektiver står sentralt. Det bør i større grad enn det som har vært mulig for kommisjonen, skilles mellom ulike typer forvaltningssaker.

Variasjonsbredden kan være stor. I noen typer saker kan det være mer hensiktsmessig å styrke alternative tvisteløsningsordninger, slik som ulike nemnder. I andre typer saker kan det være hensiktsmessig å styrke og forenkle tilgangen til domstolene.

Fra et menneskerettslig perspektiv er det særlig viktig at saker som utgjør straff etter Grunnloven § 96 første ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 og tilleggsprotokoll 7 artikkel 4, behandles effektivt og på en rettssikker måte for domstolene. Saker om ileggelse av administrative sanksjoner, jf. forvaltningsloven kapittel IX, bør gis en effektiv og rettssikker behandling i domstolene. Vi peker også på at andre forvaltningssaker som reiser menneskerettslige spørsmål, for eksempel saker om utvisning, bør sikres en effektiv prøving for domstolene. Disse sakene kan reise spørsmål under blant annet Grunnloven §§ 93 og 102 og EMK artiklene 3 og 8. I denne type saker kan det også være grunn til å vurdere, mer helhetlig, om domstoltilgangen bør sikres og gjøres mer effektiv gjennom økt rett til fri rettshjelp.

9.6 DOMSTOLADMINISTRASJONENS STYRE

9.6.4 Styrets sammensetning og oppnevning av medlemmer

Borgarting lagmannsrett har ingen bemerkninger til forslaget om at antall medlemmer i styret økes fra ni til elleve. Selv om det er et stort kollegialt organ, er vi enige i at en økning er nødvendig for å sikre at styret blir tilstrekkelig bredt sammensatt.

Vi er også enige i forslaget om at styret bør ledes av en dommer fra de alminnelige domstoler, og at styret selv velger sin leder. Dette vil bidra til å styrke styrets uavhengighet.

Etter en samlet vurdering mener Borgarting lagmannsrett at dommerne bør ha flertall i styret. Vi støtter dermed mindretallets syn i dette spørsmålet. Vi kan i all hovedsak vise til mindretallets begrunnelse i utredningen. Selv om dagens ordning – der dommerne er i mindretall – har fungert tilfredsstillende, synes mindretallets forslag bedre egnet til å sikre domstolenes uavhengighet dersom den skulle komme under press. Vi kan heller ikke se at det er noen nevneverdig risiko for at løsningen vil medføre at tilliten til domstolene og deres uavhengighet blir redusert, snarere tvert imot.

Vi støtter også mindretallets forslag om at den sjette dommeren hentes fra lagmannsrettene, slik at styret får én dommer fra Høyesterett, to dommere fra lagmannsrettene, to dommere fra tingrettene og én dommer fra jordskifterettene. En fordel med mindretallets forslag er også at det sikrer representasjon fra ledelsen i lagmannsrettene i styret i DA. Etter flertallets forslag skulle dommerne i lagmannsretten nominere tre dommere, hvorav minst én skulle være førstelagmann eller lagmann. Blant disse skulle så regjeringen velge én. Ved et slikt system er det en risiko for at regjeringen «alltid» vil utpeke førstelagmannen/lagmannen. Dette kan

redusere interessen fra dommerne i lagmannsretten for å ta del i valgprosessen. Og der regjeringen utpeker en lagdommer fremfor en lagmann/førstelagmann, vil man få en situasjon der ledernivået i lagmannsrettene ikke er representert i DAs styre. Dette mener vi er uheldig.

Et annet spørsmål er i hvilken grad regjeringen skal være bundet av nominasjonene dommerne har gjort gjennom sine valg. Her savner vi en begrunnelse for flertallets syn om at regjeringen skal kunne velge blant de nominerte dommerne. Etter vårt syn har mindretallets forslag også på dette punkt de beste grunner for seg. Hensynet til domstolenes uavhengighet tilsier at regjeringen ikke skal kunne velge bort en dommer som et flertall av dommerne i den aktuelle instansen ønsker som styremedlem. Vi ser at mindretallets løsning kan gjøre det vanskeligere å få en bred representasjon i styret med tanke på for eksempel kjønn og geografi. Når antallet medlemmer i styret økes til elleve, bør dette likevel sjelden være et problem. De mer detaljerte reglene som må etableres om valg og utnevning, bør søke å avhjelpe denne risikoen.

11 UTNEVNELSE AV DOMMERE

11.6 Forholdet mellom Innstillingsrådet og regjeringen

Borgarting lagmannsrett mener det er positivt at kommisjonen foreslår å begrense regjeringens adgang til å fravike Innstillingsrådets innstilling, men det kan stilles spørsmål ved om adgangen bør fjernes helt. Det finnes ikke menneskerettslige skranker som uttrykkelig forbyr at dommere oppnevnes av regjeringen, og heller ikke at regjeringen fraviker en uavhengig innstilling. En mer absolutt regel vil imidlertid være best i samsvar med grunnleggende krav til at både domstolene og den enkelte dommer skal være uavhengige. Det kan også i konkrete saker være vanskelig å begrunne hvorfor innstillingen eventuelt skal fravikes og samtidig sikre at kravene til uavhengighet varetas, slik for eksempel EMDs storkammerdom *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, 1. desember 2020 (nr. 26374/18), illustrerer.

I alle tilfeller bør det vurderes å endre Grunnloven §§ 21 og 28 og/eller ta utgangspunktene om utnevning og eventuell adgang til å fravike Innstillingsrådets innstilling inn i Grunnloven. Vi viser til at etter gjeldende Grunnlov § 28 er dommerutnevnelser en sak av «viktighet» som skal «foredras i statsrådet», og at Kongen etter Grunnloven § 21 «velger og beskikker» alle «embetsmenn», noe som også inkluderer dommere.

11.7 Innstillingsrådets sammensetning og oppnevning av medlemmer

Borgarting lagmannsrett støtter kommisjonens forslag om at dommermedlemmene i Innstillingsrådet og deres varamedlemmer oppnevnes av DAs styre. Dette vil bidra til å styrke Innstillingsrådets uavhengighet fra den utøvende makt.

Vi er også enige med kommisjonen i at domstolleder bør gis tale- og stemmerett i Innstillingsrådets møter ved rådets avgjørelser om innstilling av dommere til vedkommende domstol.

Når det gjelder antall dommere i Innstillingsrådet, støtter Borgarting lagmannsrett også her mindretallets forslag, som innebærer at dommerne er i flertall i rådet. Vi viser særlig til det mindretallet fremhever om at dette vil bidra til å trygge domstolenes uavhengighet. Vi er også enige med mindretallet i at DA ved innstillingen av dommere til Innstillingsrådet bare kan velge blant dommere som er nominert av dommerne selv, i tråd med prinsippene i forslaget til flertallet om valg av medlemmer til DAs styre.

Vi er enige med den samlede kommisjonen i at direktøren i DA, ved ansettelse av domstolleder, trer inn i rådet. De overordnede styringshensyn som kommisjonen viser til, begrunner dette godt.

12 MIDLERTIDIGE DOMMERE

12.6 Konstitusjoner

Borgarting lagmannsrett slutter seg til de prinsipielle vurderingene om å begrense bruken av midlertidige dommere til det strengt nødvendige, og forslagene til endringer i domstolloven § 55 e om konstitusjoner. Den fleksibiliteten som førstelagmannen fortsatt vil ha til å foreta nødvendige konstitusjoner, anses akseptabel og tilstrekkelig.

Spørsmålet om bruk av ekstraordinære dommere bør ses i sammenheng med den alminnelige aldersgrensen for dommere. Den er i dag 70 år, men regjeringen behandler nå et forslag om å øke den generelle aldersgrensen i staten fra 70 til 72 år. Kommisjonen har tatt utgangspunkt i at pensjonsalderen for dommere fortsatt bør være 70 år. Borgarting lagmannsrett har gitt uttrykk for det samme i vår høringsuttalelse 25. februar 2021. Vi fremhever i høringsuttalelsen dommernes uavhengige stilling, og at man «bør unngå å komme i situasjoner hvor det må gjøres individuelle vurderinger av dommernes kognitive status».

Borgarting lagmannsrett mener at den beste samlede løsningen er at aldersgrensen for dommere forblir 70 år, men at det samtidig er mulig å søke konstitusjon som ekstraordinær dommer en periode utover aldersgrensen. Dette vil ivareta både de særlige hensyn som gjør

seg gjeldende for å beholde en aldersgrense for dommere på 70 år og det alminnelige ønsket om at arbeidstakere står lenger i stillingen. Vi foreslår at dagens ordning, der Innstillingsrådet kan konstituere ekstraordinære lagdommere for ett år av gangen fram til fylte 73 år, videreføres.

Ut fra et uavhengighetsperspektiv må ordningen med ekstraordinære dommere også anses mindre betenkelig enn bruk av andre konstituerte dommere ettersom det er tale om dommere som allerede har vært utnevnt i statsråd (etter en grundig prosess i Innstillingsrådet), og som ønsker å arbeide en periode etter den alminnelige pensjonsalderen. De vil regulært ikke stå i noe avhengighetsforhold til domstolleder og kolleger. Som i dag bør kompetansen til å konstituere ligge hos Innstillingsrådet.

Borgarting lagmannsrett vil også påpeke at behovet for ekstraordinære dommere fortsatt er stort. Kommisjonens antakelse om at behovet fremover blir mindre fordi lagmannsretten i flere saker nå settes med to fagdommere, og ikke tre, mener vi ikke holder stikk. Dette skyldes blant annet at saksporteføljen i lagmannsretten har hatt en dreining mot en større andel sivile saker som følge av at inntaksten av straffesaker har gått ned, i tillegg til at nektingsprosenten har økt (etter innføring av siling av saker med strafferamme over seks år). Vi forventer at denne utviklingen vil fortsette. Dersom ordningen med ekstraordinære dommere skulle bli avvirket, vil det være nødvendig å tilføre lagmannsrettene betydelig økte ressurser i form av faste embeter. Basert på våre beregninger er det tale om en økning på mellom 15 og 20 prosent.

12.8 Domstolledere på åremål?

Etter en samlet vurdering mener Borgarting lagmannsrett at flertallets syn har de beste grunner for seg. Mindretallet fremhever at det vil være vanskelig å gjøre noe med svak ledelse i en domstol med mindre det innføres åremål. Med den varighet på åremålet som mindretallet antyder (9 år), vil en åremålsmodell i beskjedne grad avhjelpe en slik situasjon. Vi mener at et viktigere hensyn som kan tale for en åremålsmodell er at det bidrar til en jevnlig fornyelse av ledelsen i domstolene, noe som på generelt plan vil være positivt.

Det er likevel viktigere hensyn som trekker i den andre retningen. Det er avgjørende at domstollederne er og fremstår som helt uavhengige. Det er også en risiko for at rekrutteringskretsen kan bli noe snevrere ved en åremålsmodell, for eksempel kan det bli mindre attraktivt for eksterne kandidater å søke en domstollederstilling.

13 DISIPLINÆRORDNINGEN FOR DOMMERE

13.5 Tilsynsutvalgets sammensetning og oppnevning av medlemmer

Borgarting lagmannsrett mener at vurderingene av andel dommere i Tilsynsutvalget stiller seg noe annerledes enn for styret i DA og Innstillingsrådet. Flertallets begrunnelse om ikke å skape et inntrykk av selvdømme, er et viktig hensyn for at dommerne ikke bør være i flertall.

Verken flertallet eller mindretallet i kommisjonen mener at det fra EMDs praksis kan utledes et krav om at det skal være flertall av dommere i disiplinærorganet. Mindretallet i kommisjonen viser til *Oleksandr Volkov v. Ukraina*, som etter mindretallets syn kan tale for at dommerne skal være i flertall. Vi vil bemerke at EMD også drøftet kravet til dommerandelen i *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*. EMD la til grunn at en ordning med dommermindretall sto i et problematisk forhold til uavhengighetskravet i EMK artikkel 6. nr. 1. EMD la vekt på de internasjonale anbefalingene i sin vurdering av disiplinærorganet.

Både Ministerkomiteen, Veneziakommisjonen og CCJE har fremhevet at ansvaret for disiplinærsaker bør legges til et uavhengig organ eller en domstol, f.eks. et domstolsråd. ENCJ anbefaler at disiplinærorganet bør bestå av et flertall dommere, se ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 57. CCJE anbefaler i *Opinion no 3 (2002)* at disiplinærorganet bør ha “substantial judicial representation chosen democratically by other judges”, altså en stor dommerandel, valgt av dommere.

Det er således vektige hensyn som trekker i begge retninger. Etter en samlet vurdering er vi enige med flertallet i at ordningen med et mindretall av dommere bør videreføres. Hensynet til å hindre inntrykket av selvdømme bør etter vår vurdering veie tungt i den samlede vurderingen. Med flertallets forslag vil dommerne fortsatt ha en betydelig andel av medlemmene i utvalget. Tilsynsutvalgets uavhengighet anses å bli tilstrekkelig ivaretatt med den ordningen som flertallet foreslår. Vi er også enige i at det er fornuftig at jordskiftedommeren tiltrer som fast medlem av utvalget.

14 SENTRAL OG LOKAL LEDELSE AV DOMSTOLENE

14.2 Domstoladministrasjonens myndighet

Kommisjonen foreslår i punkt 14.2.6 at domstolloven § 33 får et nytt annet ledd om DAs ansvarsområde overfor første og annen instans. Borgarting lagmannsrett er enige i at dette er fornuftig.

I utkastet til nytt § 33 annet ledd bokstav c er det foreslått at DA skal «utarbeide statistikk og analyser over domstolenes virksomhet».

Mulighetene til å hente ut statistikk og analyser er i dag begrenset, samtidig som behovet for dette er stort hos domstolledelse, DA og til en viss grad også hos dommere. Forslaget fra kommisjonen er så generelt utformet at det neppe gir noen forpliktelser om å fylle domstolenes behov for statistikk og analyser. Det bør vurderes om bestemmelsen (eller underliggende regelverk) skal presiseres med tanke på hvem som skal ha tilgjengelig statistikk, på hvilke områder dette skal utarbeides på (for eksempel lovpålagte frister, saksbehandlingstid) og krav til hyppighet.

I bokstav g er det foreslått at DA skal «ivareta domstolenes behov for teknisk infrastruktur og utstyr, utvikle og drifte felles digitale tjenester og verktøy, forvalte domstolenes digitale informasjonsverdier og ivareta overordnet informasjonssikkerhet». Også denne bestemmelsen er uklar, men det er usikkert hvilket presisjonsnivå det er hensiktsmessig at loven har. Det bør imidlertid enten gjennom lovteksten, forskrifter eller forarbeidene stilles krav til:

- Dommernes arbeidsverktøy og systemer
- Meddommeres tilgang til informasjon og mulighet til å arbeide med dokumenter
- Aktørers tilgang til domstolenes systemer
- Dommernes tilgang til «informasjonsverdier», i praksis særlig reell tilgang til ikke publiserte avgjørelser og praksis

14.3 Økt samhandling mellom domstolene og Domstoladministrasjonen

14.3.2 Formalisert lederdialog

I utredningen foreslås det å etablere et formalisert domstollederforum for dialog med DA, og at dette kan etableres ved styrevedtak i DA.

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at det er hensiktsmessig med et tett og formalisert samarbeid mellom domstollederne og DA. Hvordan dette nærmere skal formaliseres og gjennomføres bør imidlertid besluttes av DA, i samarbeid med domstolene. De øvrige statsmakter bør ikke påvirke hvordan DA og domstolene velger å organisere dialogen dem imellom. Vi noterer at det i utkastet til domstollov § 33 ikke står noe nærmere om dette, noe vi er enige i. Vi synes også det vil være prinsipielt betenkelig om den utøvende eller lovgivende myndighet gir føringer eller uttrykker forventninger om disse spørsmålene i det videre lovarbeidet.

14.3.4 Tilrettelegge for faglig utvikling

Kommisjonen anbefaler at det etableres et dommersammensatt forum hvor oppgaven er å initiere og kvalitetssikre veiledende retningslinjer og anbefalinger for utøvelse av den dømmende virksomheten.

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at det er en «utfordring med tilstrekkelig kvalitetssikring, oppdatering og videreutvikling av retningslinjer, veiledere og maler». Som kommisjonen påpeker skjer utviklingen i dag oftest gjennom ad hoc-utvalg. Ofte blir vi bedt om å stille med ressurser på kort varsel, uten at varighet og tidsbruk av arbeidet er klarlagt. Borgarting lagmannsrett bidrar ofte i slikt kvalitetsarbeid, og vi ønsker å videreføre vår rolle i fagutviklingen. Det er imidlertid et behov for et formalisert system for frigjøring og erstatning av de ressursene vi bruker på dette arbeidet, slik at ikke saksavviklingen blir skadelidende.

Vi støtter forslaget om at det etableres et dommersammensatt forum slik som foreslått av kommisjonen, og at medlemmene er dommere med erfaring.

15 SAKSFORDELING I DOMSTOLENE

15.6 Forslag til ny regulering

Borgarting lagmannsrett er i hovedsak enig i de overordnede betraktninger kommisjonen gjør om begrunnelse for og hensyn som må ivaretas ved saksfordelingen. Vi er enig i at kriteriene bør fremgå av loven. Det kan da heller ikke være noen grunn til at den enkelte domstol pålegges å etablere nærmere interne retningslinjer.

Når det gjelder utformingen av lovbestemmelsen, mener vi at mindretallets forslag er best i samsvar med de grunnleggende hensynene bak reglene om saksfordeling. Dette utgangspunktet er også en viktig del av den enkelte dommers uavhengighet som bør vurderes grunnlovfestet, jf. nedenfor. Mindretallets forslag tar også inn i seg adgangen til å gjennomføre moderat spesialisering, og får frem at tilfældighetsprinsippet skal ligge til grunn også for fordeling blant de spesialiserte dommerne.

I Borgarting lagmannsrett praktiserer vi et system der det er lagmennene som er saksforberedende dommere i straffesakene etter en tilfeldig fordeling, mens saksforberedelsen i de sivile sakene fordeles tilfeldig blant alle lagdommerne. Omkring tre uker før ankeforhandlingen blir ankeforhandlingsdommerne utpekt. Saksforberedende dommer trenger ikke være en av ankeforhandlingsdommerne. Men i saker av en viss omfang, forsøker vi å beramme ankeforhandlingen slik at saksforberedende dommer deltar i den dømmende rett.

Kommisjonen foreslår videre at det bør lovfestes en plikt for domstolleder til å begrunne omfordeling av en sak dersom en dommer motsetter seg dette. I utredningen gir kommisjonen uttrykk for at forslaget ikke er til hinder for «domstoler som har systemer med forberedende dommer og hovedforhandlingsdommer» (se side 187 i utredningen). Vi er noe usikre på om det fremgår klart nok i forslaget til lovtekst at overføring av sak fra saksforberedende dommer til hovedforhandlingsdommer, ikke anses som omfordeling etter denne bestemmelsen. Om det ikke presiseres i den endelige lovteksten, kan det med fordel understrekes i lovproposisjonen.

Vi vil også bemerke at utgangspunktet om at saksfordelingen ikke skal «kunne påvirke utfallet av en sak» på ett nivå er en illusjon. Så lenge loven har skjønnsstemaer, kan det hevdes at fordelingen alltid vil «kunne» påvirke utfallet av saken. Vi har vurdert om det er bedre å bruke en formulering om at «saksfordelingen ikke skal praktiseres for å påvirke resultatet av en sak». Denne ordlyden kan imidlertid leses som at det må foreligge et ønske/vilje om å påvirke resultatet av saken, noe som neppe er et krav.

Videre foreslår vi at siste setning får en noe justert ordlyd: «..... skal begrunnes skriftlig når dommeren motsetter seg omfordeling og ber om en skriftlig begrunnelse».

18 ET HELHETLIG GRUNNLOVSVERN FOR DOMSTOLENE

18.5 Bør grunnlovsvernet for domstolene styrkes?

Borgarting lagmannsrett slutter seg til kommisjonens vurdering av at det er behov for en mer dekkende konstitusjonell regulering av domstolene, særlig ved å styrke det konstitusjonelle vernet for uavhengige domstoler og dommere. Som kommisjonen peker på, gir de seks paragrafene som i dag utgjør Grunnlovens kapittel D et lite dekkende bilde av vårt rettssystem og domstolenes sentrale rolle som en tredje og uavhengig statsmakt. Den gjeldende reguleringen fremstår som fragmentert og tilfeldig, ikke minst vurdert i lys av reguleringen av den lovgivende og utøvende makt.

18.6 Sentrale garantier for uavhengige domstoler

Kommisjonen foreslår å grunnlovfeste fem ytterligere garantier for uavhengige domstoler som vurderes å være nødvendige for å oppnå et helhetlig grunnlovsværn: (i) En bestemmelse om domstolhierarkiet, som skal sikre dagens tre-instansordning, (ii) et øvre tak på antall dommere i Høyesterett, (iii) at prosedyren for utnevning av dommere får en særskilt forankring i Grunnloven, (iv) at det grunnlovsfestes et særskilt stillings- og forflytningsvern for dommere, og (v) at det grunnlovsfestes at statens myndigheter skal sikre en uavhengig administrasjon av domstolene. Borgarting lagmannsrett støtter alle forslagene.

Et helhetlig grunnlovsværn for domstolene bør imidlertid ta utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene og utgangspunktene som domstolenes uavhengighet hviler på. Det er lang tradisjon for at Grunnloven tar utgangspunkt i de helt grunnleggende prinsipper, selv om prinsippene kan være vage og abstrakte, og selv om det ikke er meningen at det skal kunne utledes konkrete rettigheter eller institusjonelle rammer av prinsippene som sådanne. Grunnlovsfestingen av utgangspunktene gir imidlertid retning og rammeverk, som i et helhetlig perspektiv ikke bør undervurderes. Når Grunnloven § 100 første ledd fastsetter at ytringsfrihet «bør finne sted», er det for eksempel et helt sentralt utgangspunkt for det resterende av

reguleringen av ytringsfriheten i § 100, selv om det vanskelig kan utledes konkrete rettigheter av dette utgangspunktet som sådant. Og Grunnloven kapittel E om menneskerettigheter innledes med den helt grunnleggende bestemmelsen om at statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene. På lignende vis innledes kapittel B om den utøvende makt med bestemmelsen i § 3, som fastslår hvem som har den utøvende makt, og kapittel C innledes med bestemmelsen i § 49 om at det er folket ved Stortinget som utøver den lovgivende makt.

Domstolenes uavhengighet hviler på tre hovedpilarer, som alle bør grunnlovfestes. For det første er domstolenes uavhengighet en rett for den enkelte borger – det er en nødvendig forutsetning for at individet skal få en rett til en rettferdig rettergang ved uavhengige og upartiske domstoler. Dette individperspektivet er grunnlovfestet i Grunnloven § 95.

For det andre hviler domstolenes uavhengighet på et institusjonelt perspektiv. Domstolene som institusjon og statsmakt skal være uavhengige fra de øvrige statsmakter. Dette grunnleggende institusjonelle utgangspunktet er ikke grunnlovfestet i dagens Grunnlov, og er heller ikke foreslått grunnlovfestet av kommisjonen. Et slikt prinsipp bør grunnlovfestes som et utgangspunkt i Grunnloven kapittel D, for eksempel slik at det fastsettes at «Domstolene er uavhengige fra de øvrige statsmakter». Utgangspunktet vil gi retning og rammer for de øvrige institusjonelle reglene i kapittel D, som langt på vei kan anses som særlige utslag av det generelle utgangspunktet.

For det tredje bør det grunnlovfestes et grunnleggende utgangspunkt om at ikke bare domstolene som institusjon er uavhengige, men at også den enkelte dommer er uavhengig. Det innebærer at den enkelte dommer må være uavhengig ved pådømmelsen av den enkelte sak. Dette inkluderer det man kan kalle intern uavhengighet, dvs. uavhengighet i forhold til domstolens ledelse, kolleger mv. Et særlig viktig element i denne siden av uavhengigheten, er at saksutfallet ikke skal kunne styres gjennom saksfordelingen til den enkelte dommeren. Ordlyden i en slik grunnlovsbestemmelse kan for eksempel være at «Dommerne er uavhengige. Saksfordelingen skal ikke kunne påvirke utfallet av en sak». Det andre punktet tilsvarer kommisjonens forslag til nytt femte ledd første punktum i domstoloven §§ 11 og 19.

Ved dette vil de tre grunnleggende prinsippene og utgangspunktene for domstolenes uavhengighet være grunnlovfestet. I tillegg vil enkelte særlig viktige utslag av prinsippene være grunnlovfestet, inklusive de nye forslagene til kommisjonen. Nærmere og mer detaljert regulering av de grunnleggende prinsippene kan fremgå av lov.

21 DIGITAL TRANSFORMASJON AV DOMSTOLENE

21.5 Forutsetninger for digital transformasjon

Generelt inneholder kapittel 21, og de to aktuelle vedleggene (07 og 09) mange interessante synspunkter og vurderinger. Eksempelvis er det neppe tvilsomt at kunstig intelligens vil ha en plass i praktisk rettsliv om ikke mange år, og at blokkjedeteknologi kan ha nytteverdi i domstolene. For domstolene er det imidlertid langt mer presserende å få på plass teknologi som er arbeidsbesparende og effektiviserende for både domstoler og aktører.

Utredningen peker på at større digitale prosjekter er overrepresentert blant dem som har mislykkes, og at et fellestrekk er at ambisjonsnivået har vært satt for høyt. Etter vårt syn bærer imidlertid domstolenes digitale utvikling de siste årene mer preg av at det er tatt tak i begrensede områder, og uten at helheten er ivaretatt. Et eksempel på dette er at prosjektet med digitale rettssaler i utgangspunktet ikke tok hensyn til opptak i retten, som er definert i et annet prosjekt. De enkelte delprosjekter må sees i en større sammenheng. Dette forutsetter en gjennomgang av og et mål for hvordan arbeidsprosessene best mulig kan være tilrettelagt i fremtiden.

Det vil ligge en betydelig effektiviseringsgevinst for dommerne om opptak i retten også tok sikte på bruk ved domskriving. Det finnes allerede «hyllevare» for å indeksere et lydopptak og samordne med egne notater. Både innledningsforedrag, forklaringer og prosedyrer kan på denne måten integreres med dommerens egne notater, og forenkle både domskrivingen og forståelsen etter hovedforhandling. For at dette skal bli vurdert i et prosjekt om opptak i retten, er det imidlertid avgjørende at en overordnet analyse har pekt på denne muligheten.

I punkt 21.5.3 peker kommisjonen på at saker som er gradert etter sikkerhetsloven i dag behandles papirbasert, og at det er behov for tilpasninger i saksbehandlingssystemet for å håndtere disse sakene. På dette området bør det foretas en kost/nytte-vurdering. Som kommisjonen peker på, vil det ha betydelige økonomiske konsekvenser å tilpasse for digital behandling av disse sakene. På den annen side vil et sikkert digitalt saksbehandlingssystem være både effektiviserende og kvalitetssikrende for arbeidet med sikkerhetsklareringer i domstolen.

21.6 Anbefalinger

Borgarting lagmannsrett er enig i kommisjonens observasjon om at «investeringer i ny teknologi i domstolene i en årrekke ikke har vært prioritert av bevilgende myndigheter, og at dette har ført til et teknologisk etterslep» (side 262 i utredningen). Vi er også enig i at det kreves et «krafttak» for å få på plass en egnet digital infrastruktur, blant annet for å innføre allerede lovpålagte systemer som opptak av lyd og bilde i sivile saker. Vi vil imidlertid

understreke at vi har sett en positiv utvikling de siste par årene, der domstolene – særlig under koronapandemien – har fått tilført betydelige ressurser for å installere ny teknologi for fjernmøter og fjernavhør.

21.6.2 Anbefalinger på kort sikt

Borgarting lagmannsrett slutter seg til anbefalingene i dette kapittelet.

Vi vil bemerke at digitaliseringen som har skjedd ved bruk av aktørportalen er en begrenset digitalisering. En egentlig digitalisering forutsetter at data er strukturerte. Uansett om arbeidsprosessen er som i dag, eller utvikles til å innebære bruk av strukturerte data, må muligheten til å arbeide med dokumentene på en mer hensiktsmessig måte forbedres vesentlig. Dommerne har i dag verken maskinvare, programvare eller systemstøtte som ivaretar dette.

Utredningen peker på arbeidet med en ny teknisk arkitektur for saksbehandlingssystemet, og at denne vil være lik andre i offentlig sektor. Det vil i den sammenheng være en stor forbedring om domstolenes saksbehandlingssystemer fikk informasjon og strukturerte data fra for eksempel Trygderetten og fylkesnemndene.

Vi er enig med kommisjonen i at bruk av fjernmøte kan være et viktig verktøy for en effektiv avvikling av saker, og at det er viktig å lære av erfaringene med fjernmøter under koronakrisen. En av de erfaringene Borgarting lagmannsrett har gjort i den sammenheng, er at vi sjelden avviker et rettsmøte som et rent fjernmøte, i den forstand at alle aktørene deltar over videolink. Det har vært langt mer vanlig at en eller flere dommere har vært til stede i rettssalen, sammen med en eller flere av de øvrige aktørene. I tillegg har noen deltatt over videolink. Bruk av fjernavhør av vitner som forklarer seg på videolink (i stedet for personlig møte og fremfor å forklare seg på telefon), har også økt betraktelig.

Denne utviklingen understreker behovet for at alle rettssalene har moderne og funksjonelt videokonferanseutstyr. Det har, som nevnt over, skjedd en bedring på dette området i løpet av koronakrisen, men det er fortsatt behov for ytterligere midler for at alle våre saler (og saler i andre domstoler) blir utstyrt med tilfredsstillende videokonferanseutstyr.

Kommisjonen uttaler i utredningen at «dagens regler for fjerntechnologi og tilhørende rettspraksis i for stor grad begrenser muligheten for slik bruk». Vi er enig med kommisjonen i at dagens regelverk setter grenser for bruk av fjerntechnologi. Ett eksempel er tvisteloven § 13-1 som bare i begrenset grad åpner for fjernmøter i sivile saker. Det er i større grad gitt mulighet for fjernmøter i midlertid lov om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3. Borgarting lagmannsrett mener det bør vurderes om de

midlertidige reglene bør gjøres permanente, og også om det er grunn til å utvide adgangen til bruk av fjernmøter og fjernteknologi ytterligere.

22 BEDRE TVISTESAKSBEHANDLING

Dette kapittelet konsentrerer seg om behandlingen i første instans. Flere av forslagene danner imidlertid grunnlaget for kommisjonens forslag til saksbehandlingen i ankeinstansen. Flere av forslagene foreslås også å gjelde for ankebehandlingen. Vi kommenterer kommisjonens forslag for ankeinstansen i våre kommentarer til utredningen kapittel 25.

Kommisjonen fremhever at et hovedformål med tiltakene som foreslås, er å styrke saksforberedelsen og redusere tiden som brukes til muntlig bevisførsel under hovedforhandlingen. Dette vil blant annet legge til rette for at lagmannsrettene kan foreta en konsentrert og begrenset overprøving av behandlingen i første instans.

Borgarting lagmannsrett er på et overordnet plan enig med kommisjonen om at det er rom for å forkorte tiden brukt i rettsmøter, og at dette kan oppnås gjennom aktiv saksstyring. Vi vil imidlertid allerede her påpeke at situasjonen er ulik for tingretten og lagmannsretten. I lagmannsretten står én dommer for saksforberedelsen, mens tre dommere deltar i ankeforhandlingen. Dersom mye saksforberedelse flyttes til arbeid som må utføres av alle tre ankeforhandlingsdommere, er det ikke gitt at det blir en total gevinst.

22.5 Virkemidler til en mer konsentrert behandling

22.5.2 Tydeligere krav til saksforberedelsen

De endringsforslag kommisjonen foreslår på dette punkt, er reflektert i endringsforslag til tvisteloven §§ 9-4 og 9-11. Gjennom henvisningen i tvisteloven § 29-14 får de anvendelse også for ankebehandlingen.

Borgarting lagmannsrett er enig i det overordnede formålet om at saksforberedelsen i tingretten bør styrkes, slik at de sentrale omtvistede rettslige og faktiske omstendigheter identifiseres i god tid før hovedforhandlingen i tingretten. Dette er også nødvendig for at det skal være mulig å gjennomføre de foreslåtte endringene i ankebehandlingen, se våre kommentarer til kapittel 25 nedenfor.

Vi er enige i kommisjonens observasjon om at dommerne ofte ikke har god nok tid til å forberede seg til planmøtet. Dette gjelder også for behandlingen i lagmannsretten og for saksforberedelsen for øvrig. Hvis det for eksempel dukker opp et bevisavskjæringsspørsmål i tiden mellom planmøtet og ankeforhandlingen, er det regulært ikke satt av tid i dommerens

berammingsprogram til å håndtere slike spørsmål, som kan være tidkrevende. Vi er derfor enig med kommisjonen i at saksforberedelse bør anerkjennes som et eget ledd i dommernes arbeidsprosess, på lik linje med hoved(anke)forhandling og domskriving.

Vi er også enige med kommisjonen i at kravet til forholdsmessighet bør løftes frem som et eget hensyn som må vurderes under saksforberedelsen. Kommisjonen foreslår å ta inn en bestemmelse om dette i tvisteloven § 9-4 annet ledd bokstav f).

Etter vårt syn er hensynet til forholdsmessighet så vesentlig at det fortjener et eget punkt, og ikke bare settes inn som en hale etter en bestemmelse som ellers gjelder befaring og sikring av bevis. I tillegg er situasjonen gjerne at det for saksforberedende dommer er vanskelig å ta stilling til avskjæring av enkeltbevis. Ofte er det enklere å sikre hensynet til proporsjonalitet ved å begrense varigheten av den muntlige forhandlingen, med en henvisning til at tidsbruken og kostnadene skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning. Det vil derfor være fornuftig å innta en henvisning til tidsavsettingen i bestemmelsen.

Vi vil også fremheve at det vil være naturlig – når det gjøres en grundig gjennomgang av saksbehandlingen – å gjennomgå listen i tvisteloven § 9-4 annet ledd over temaer for planleggingsmøtet kritisk. Som nevnt av kommisjonen et par steder i utredningen (blant annet på side 274), utarbeidet en arbeidsgruppe – med representanter fra Dommerforeningen og Advokatforeningen – forslag til felles retningslinjer for behandlingen av sivile saker i tingrettene og lagmannsrettene. Formålet var å effektivisere behandlingen av sivile saker. En av erfaringene til arbeidsgruppen var at listen over temaer som etter tvisteloven § 9-4 annet ledd skulle behandles i planmøtet, ikke i tilstrekkelig grad bidro til effektivisering. Arbeidsgruppen utarbeidet nye maler for innkalling til og rettsbok fra planmøter med en revidert liste over temaer som skal behandles i planmøtet, både for tingretten og for lagmannsretten. Det er vår forståelse at det nå er denne listen over temaer som regulært danner rammen for diskusjonen i planmøtet.

For behandlingen i tingretten er listen over temaer i malen fra arbeidsgruppen slik:

1. Klargjøring av tvistepunktene
 - a. Hva gjelder uenigheten i saken?
 - b. Hva er partene enige om?
 - c. Er det forhold som krever særlig klargjøring?
2. Rettsmekling
 - a. Bør det gjennomføres rettsmekling?
 - b. Dersom rettsmekling ikke er ønskelig, hvorfor?
3. Hvilke bevis vil partene føre i tilknytning til tvistepunktene i saken?
 - a. Dokumentbevis som er framlagt eller vil bli framlagt.
 - b. Vitner:

- Navn på vitnet.
 - Hva vitnet skal forklare seg om.
 - c. Eventuelle spørsmål om bevistilgang.
4. Kan gjennomføringen av saken forenkles ved hel eller delvis skriftlig behandling eller ved utarbeidelse av skriftlig materiale?
 - Bør ett eller flere av alternativene i tvisteloven § 9-9 benyttes?
 - Bør forklaringer inngis skriftlig, jf. tvisteloven § 21-12?
 5. Rettsoppnevnt sakkyndig
 - a. Bør det oppnevnes sakkyndig?
 - b. Hvordan dekkes i så fall kostnadene til sakkyndig?
 6. Fagkyndige eller alminnelige meddommere – er det aktuelt med meddommere?
 7. Beramming av hovedforhandling
 - a. Hvor mye tid bør avsettes?
 - Tidsavsetting må skje ut fra hensynet til proporsjonalitet, som innebærer at tidsbruken og kostnadene skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning.
 - b. Tidspunkt for hovedforhandlingen.
 8. Avsluttet saksforberedelse - når skal saksforberedelsen avsluttes?
 9. Sluttinnlegg og framdriftsplan
 - a. Frist for sluttinnlegg
 - b. Utarbeidelse og innsending av utkast til framdriftsplan
 10. Tolk
 - a. Er det behov for tolk?
 - b. Hvordan skal eventuell tolking gjennomføres?
 11. Dokumentbevis under hovedforhandlingen
 - a. Skal det benyttes elektronisk dokumentsamling?
 - b. Når skal rettens elektroniske dokumentsamling gjøres tilgjengelig for partene?
 12. Juridisk utdrag - skal det utarbeides felles juridisk utdrag?
 13. Andre spørsmål
 - a. Skal saken behandles etter særlige regler?
 - b. Bør behandlingen av saken deles opp?
 - c. Skal det holdes rettsmøter eller andre møter under saksforberedelsen?
 - d. Skal det gjennomføres befarings?
 - e. Bør hovedforhandlingen gjennomføres på en særskilt måte?
 - f. Bruk av disposisjon og andre hjelpedokumenter.
 14. Oppsummering – er det ytterligere spørsmål som bør avklares for å sikre at saken blir behandlet i samsvar med de grunnleggende hensynene som følger av tvisteloven § 1-1?

Etter vårt syn bør det tas utgangspunkt i denne listen ved revidering av tvisteloven § 9-4 annet ledd. Noen av punktene i listen er av ren praktisk karakter, og hører ikke hjemme i en

lovbestemmelse. Men flere av de andre punktene går til kjernen av forhold av betydning for en effektiv og forsvarlig saksbehandling.

Kommisjonens forslag om at retten skal utarbeide en skriftlig sammenfatning av sakens tvistespørsmål kommenteres nedenfor under punkt 25.5.5.

22.5.3 *Kortere hovedforhandlinger*

Spørsmålet om skriftlig behandling kommenteres nedenfor under punkt 25.5.6.

Vi noterer kommisjonens funn om at få andre land fører dokumentbevis på samme måte som i Norge. Vi er enige i at opplesing av lange dokumenter under den muntlige forhandlingen ikke nødvendigvis er den beste måten for retten å tilegne seg det viktigste i dokumentene. Vi kjenner oss imidlertid ikke igjen i kommisjonens forutsetning om at det ikke er «uvanlig at innholdet i ulike dokumenter gjentas flere ganger i løpet av hovedforhandlingen». Erfaringen i Borgarting lagmannsrett er at forutsetningen i tvisteloven § 26-2 følges. I all hovedsak leses bare de mest sentrale punktene av dokumentet, noe som ofte vil være nyttig for at rettens medlemmer skal få satt bevisførselen inn i riktig sammenheng og få en forsvarlig gjennomgang av sakens sentrale bevisstema. Det er også vår erfaring at det som i særlig grad bidrar til å forlenge den muntlige forhandlingen, ikke er innledningsforedragene der dokumentasjonen gjøres, men en overdreven vitneførsel.

Borgarting lagmannsrett mener at det er en klar risiko for at kommisjonens forslag vil føre til at den samlede tidsbruken i lagmannsretten øker. I lagmannsretten deltar tre dommere i ankeforhandlingen. Det er tid- og arbeidskrevende om alle tre dommere skal sette seg inn i sakens dokumenter før ankeforhandlingen, i tillegg til eventuelle meddommere. Det vil i de fleste tilfeller kreve mindre ressurser – i alle fall for lagmannsretten – at samtlige dommere får presentert de sentrale punktene i bevisene *samtidig* og muntlig.

I sivile saker fremlegges normalt betydelig mer dokumentasjon enn det som blir påpekt og dokumentert under den muntlige forhandlingen. Overgang til det systemet som kommisjonen foreslår forutsetter at partene i prosesskriv forut for den muntlige forhandlingen legger frem dokumentene, påpeker hva som skal underbygges med dokumentet og henviser spesifikt til de sentrale deler av dokumentet. Det er også forutsatt i kommisjonens forslag. Dette kan imidlertid medføre at prosessfullmektigene henviser til flere dokumenter enn det reelt sett er grunn til, for å «være sikker» på at retten vil kunne bygge på dokumentasjonen. Vi frykter derfor at forslaget vil innebære at rettens medlemmer ender opp med å lese betydelig mer av dokumentbevisene enn det som er nødvendig, og mer enn det som er situasjonen i dag når prosessfullmektigene dokumenterer og forklarer bevisene under den muntlige forhandlingen.

Borgarting lagmannsrett anbefaler en mer moderat endring enn det kommisjonen har foreslått om rettens plikt til å lese sakens dokumenter i forkant av den muntlige forhandlingen. I flere saker er det visse dokumentbevis som er godt egnet for skriftlig bevisførsel, i den forstand at retten ikke trenger å få dokumentet lest opp, men kan lese det på egen hånd utenfor den muntlige forhandlingen. Dette vil regulært være dokumenter av vesentlig betydning i saken. Det kan eksempelvis være tale om det forvaltningsvedtak som står til prøving, en sakkyndig redegjørelse, et lengre testament eller en omfattende avtale. Et tema for planmøtet kan være å identifisere slike dokumenter, og klargjøre hvilke deler av disse som bør leses av dommerne i forkant. Det kan da avtales mellom partene og saksforberedende dommer at rettens medlemmer vil ha lest (de utpekte delene av) dokumentene forut for den muntlige forhandlingen, og at de kan danne grunnlag for rettens dom. Dette kan redusere behovet for opplesing av dokumentene under den muntlige forhandlingen. Det kan også bidra til at retten får bedre oversikt over hvor mye tid som må settes av til å lese sakens dokumenter forut for den muntlige forhandlingen.

Vi vil også bemerke at det i lagmannsrettene – der det deltar tre dommere – jevnlig vil være nødvendig å skifte ut dommere kort tid før ankeforhandlingen. En overgang mot mer dokumentgjennomgang forut for ankeforhandlingen, vil innebære at dommerne bruker ressurser på å gjennomgå dokumenter i saker de ikke ender opp med å være dommere i.

Til dette kommer at en høy andel saker statistisk sett faller bort etter at de har kommet inn til lagmannsretten, og at det også skjer kort tid før ankeforhandlingen. Også her vil mye tid kunne være bortkastet dersom alle tre dommerne skal lese betydelige mengder dokumenter.

Vi bemerker også at kommisjonens forslag krever flere endringer i tvisteloven enn det kommisjonen foreslår. Tvisteloven § 1-1 annet ledd tredje strekpunkt forutsetter at en part har rett til å «føre sine bevis umiddelbart for retten». Tvisteloven § 21-6 annet ledd om bevilstilbud bestemmer at partene ved bevilstilbud kort skal «redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset». Denne bestemmelsen må utvides vesentlig slik at retten spesifikt blir informert om hvilke deler av beviset som er vesentlige, og hva de skal underbygge.

22.5.4 Retningslinjer og rutiner for ulike sakstyper

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at gode retningslinjer, veiledere og maler er virkemidler som kan bidra til å hjelpe dommerne i saksavviklingen. Dette gjelder også for retningslinjer for avsatt tid til den muntlige forhandlingen. I Borgarting lagmannsrett har vi etablert interne veiledende anbefalinger for normert tid for ankeforhandling for et par sakstyper. Det er imidlertid vesentlig at den enkelte dommer vurderer den aktuelle saken konkret, slik at retningslinjene aldri kan være mer enn veiledende.

Kommisjonen slutter seg i utredningen side 285 til Rettshjelpsutvalgets forslag om at saker etter barnevernloven normalt bør kunne avvikles på én dag. På dette punktet vil Borgarting lagmannsrett vise til vår høringsuttalelse, datert 9. oktober 2020, til Rettshjelpsutvalgets utredning. Vi påpekte der at det er noe urealistisk at barnevernssaker ikke skal berammes over mer enn én dag, selv om man skulle ta hensyn til at det innføres delvis skriftlig behandling. I høringsuttalelsen viste vi blant annet til at anker til lagmannsretten bare kan fremmes dersom ett av alternativene i tvisteloven § 36-10 tredje ledd er oppfylt. Dersom en ankesak først fremmes, foreligger derfor spesielle omstendigheter som tilsier at anken må og bør behandles. Slike omstendigheter vil ofte også tilsi at det er nødvendig med mer enn én dag for å kunne gjennomføre ankeforhandlingen på en rettssikker måte. Vi viste i høringsuttalelsen også til at EMD har vært kritisk til norske domstolars behandling av barnevernssakene. Dette illustreres av den seneste praksis fra Høyesterett og EMD på feltet. I EMDs storkammerdom *Strand Lobben m.fl. v. Norge*, 10 september 2019 (nr. 37283/13) avsnitt 212, uttales blant annet at de biologiske foreldrene må være involvert i prosessen i slik grad at det gir nødvendig beskyttelse av deres interesser og gjør dem i stand til fullt ut å legge frem og argumentere for sin sak.

22.5.5 Mål for saksbehandlingstid

Kommisjonen viser til at publikum får stadig høyere forventninger om enklere og raskere behandling og tar til orde for at målet for gjennomsnittlig saksbehandlingstid på seks måneder bør revurderes.

Det er svært viktig at domstolene er i stand til å behandle saker innen rimelig tid. Borgarting lagmannsrett har over tid hatt en for lang saksbehandlingstid og arbeider målrettet for å redusere denne. Etableringen av en egen utredningsenhet frigjør dommerressurser, som bidrar til å øke saksavviklingen – og dermed forkorte saksbehandlingstiden. For uprioriterte sivile saker var berammingshorisonten ved inngangen til 2020 på 11 måneder. Dette er over det lovbestemte saksbehandlingsmålet, men betydelig lavere enn i 2018, da den tilsvarende tiden var 18 måneder. Den nedadgående trenden ser ut til å fortsette videre inn i 2021.

Det har vist seg vanskelig å oppfylle de gjeldende lovbestemte målene. Saksbehandlingstiden påvirkes ikke bare av domstolenes ressurser, men også av eksterne forhold, som for eksempel tilgjengeligheten til advokatene. I noen sakstyper er de lovbestemte målene urealistiske, for eksempel i større straffesaker med mange aktører. Det er derfor ikke sikkert at kommisjonens forslag om å redusere målet for gjennomsnittlig saksbehandlingstid er riktig vei å gå.

23 SPESIALISERING

23.4 Generalist eller spesialist?

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at allmenndomstoler og generalistdommere fortsatt bør utgjøre grunnmuren av domstolorganiseringen.

Vi er også enige i at retten kan benytte adgangen til å tilføre retten spesialkompetanse i enkeltsaker ved å bruke adgangen til å oppnevne fagkyndige meddommere. Som kommisjonen påpeker, er disse virkemidlene ikke tilstrekkelige til å møte det mer grunnleggende behovet for en mer spesialisert domstolsbehandling.

Vi vil også bemerke at adgangen til å innhente juridisk kyndige meddommere – som kommisjonen nevner spesifikt – etter tvisteloven § 9-12 tredje ledd krever at det er en person begge parter har foreslått. Dette gjør bestemmelsen helt upraktisk, og vi er ikke kjent med at den noen gang har vært benyttet. Vi er enige med kommisjonen i at det i visse saker – der det foreligger særlig kompliserte rettslige spørsmål – kan være hensiktsmessig å oppnevne juridisk kyndige meddommere. Tvisteloven § 9-12 tredje ledd bør derfor endres slik at det ikke er noen særlige begrensninger knyttet til å oppnevne meddommere med juridisk kyndighet.

23.5 Moderat spesialisering

Borgarting lagmannsrett er i hovedsak enig i de vurderingene kommisjonen gjør og de forslag kommisjonen fremmer om moderat spesialisering. Vi har allerede iverksatt slik spesialisering innenfor et par områder, som rettsmekling og skjønnssaker. Vi er enig i at spesialiserte sakstyper som hovedregel ikke bør utgjøre mer enn mellom 20 og 30 prosent av den enkelte dommers portefølje. Antallet saker må også være tilstrekkelig stort til at spesialistdommeren får tilstrekkelig mengdetrening til å oppfylle formålet med spesialisering. Dette vil medføre at moderat spesialisering kun er aktuelt i domstoler av en viss størrelse.

Borgarting lagmannsrett mener kommisjonens forslag er fleksibelt og gir nødvendig rom for den enkelte domstol til å gjøre egne vurderinger – både når det gjelder sakstyper/oppgaver til spesialisering og måten å organisere spesialiseringen på. Det innebærer at domstolen står fritt til å organisere seg slik at spesialisering for eksempel ikke blir et praktisk hinder for en effektiv berammingsprosess. Men selv om en sakstype omfattes av domstolens spesialisering, kan hensynet til effektiv beramning, habilitet, sykdomsforfall mv. likevel medføre at spesialisthensynet ikke alltid kan ivaretas. Dette bør synliggjøres i lovforslaget.

Etter Borgarting lagmannsretts syn vil lovforslaget sikre åpenhet om hvilke kriterier som ligger til grunn for spesialiseringen, og kriteriene som foreslås favner de hensynene som er

relevante. Selv om domstolleder bør ha det avgjørende ord om og i hvilken grad den enkelte domstol skal innføre moderat spesialisering, kan det være grunn til å vurdere om det bør etableres lov- eller forskriftsbaserte regler eller retningslinjer som sikrer at praksis i de ulike domstolene ikke blir for ulike.

23.6 Rettsområder

Som kommisjonen påpeker, vil det være forskjeller mellom domstolene når det gjelder hvilke områder som vil egne seg for spesialisering. De rettsområder som er fremhevet av kommisjonen, synes å være godt egnet. Vi vil bemerke at de store økonomiske straffesakene ofte ikke vil gi et tilstrekkelig sakstilfang til at spesialistdommerne får tilstrekkelig mengdetrening. Det kan være mer naturlig at den moderate spesialiseringen gjelder store straffesaker generelt, ikke bare økonomiske straffesaker. Generelt karakteriseres disse ved at de er langvarige og har et omfattende bevisstoff. De reiser gjerne også flere og mer kompliserte prosessuelle spørsmål enn mer ordinære straffesaker og er derfor krevende både å forberede og administrere.

23.7 Særlig om anneninstans

Som nevnt er Borgarting lagmannsrett enig i at det bør legges opp til moderat spesialisering i lagmannsretten. Der en tingrett i rettskretsen har gjennomført moderat spesialisering, vil det være naturlig at lagmannsretten gjør det samme.

Borgarting lagmannsrett er enig i kommisjonens observasjon om at moderat spesialisering er noe mer utfordrende i lagmannsrettene. Dette skyldes blant annet det forhold at det er tre dommere i hver sak. Vi er derfor enige i kommisjonens forutsetning om at en ordning der lagmannsretten settes med én spesialistdommer og to generalistdommere vil være en fornuftig løsning. En slik løsning ivaretar lagmannsrettens rolle som generalistdomstol, samtidig som retten besitter den spesialkompetansen saken krever. Løsningen vil også normalt være håndterbar ved planlegging av saksavviklingen.

Sakstilfanget er også mindre i lagmannsretten enn det er i større tingretter. Dersom Oslo tingrett gjennomfører spesialisering i et rettsområde der sakstilfanget til lagmannsretten er begrenset, kan det være vanskelig for lagmannsretten å gi de spesialiserte dommerne den mengdetrening som antakelig er en forutsetning for at spesialiseringen skal være fornuftig. Denne problemstillingen kan særlig være aktuell dersom rettsområdene for spesialisering etableres som lovbestemte krav der borgerne gis forventninger (eller rettigheter) om at dommerne skal være spesialiserte. Hvilke rettsområder det vil være naturlig og mulig for Borgarting lagmannsrett å gjennomføre spesialisering i, krever derfor en nærmere utredning, se også vår kommentar til punkt 23.6 ovenfor.

25 ANKEDOMSTOLENES FUNKSJON OG SAKSBEHANDLING

25.4 Kommisjonens overordnede vurdering

Borgarting lagmannsrett er i hovedsak enig i kommisjonens overordnede vurderinger. Behandlingen av sivile saker i lagmannsretten blir for ofte en gjentakelse av behandlingen i tingretten, uten at saken har fått den tilskjæring og spissing som behandling i en tidligere instans burde tilsi. Etter vår erfaring skyldes det blant annet at nye bevis og påstandsgrunnlag kan fremlegges for lagmannsretten, noe som gjør det vanskelig å unngå en fullstendig ny bevisbedømmelse. Det kan godt være riktig – som kommisjonen antyder – at lagmannsrettene ikke i tilstrekkelig grad benytter de virkemidler tvisteloven allerede gir. Vi mener likevel at årsakene er mer strukturelt betinget enn bare knyttet til manglende bruk av lovens virkemidler.

Borgarting lagmannsrett vil innledningsvis påpeke at de svært store og langvarige sakene med omfattende bevisføring, reiser særlige problemstillinger. Vi har en del slike saker. Å finne den rette balansen mellom overprøving og omprøving – samt hvor aktiv saksforberedelsen skal være – er i disse sakene mer krevende enn i øvrige saker. Aktiv saksforberedelse i disse sakene er ressurskrevende. Vår erfaring er at en aktiv saksforberedelse i disse sakene bidrar til at aktørene blir mer bevisste på hva som er tvistetemaene og hva som skal overprøves. Det er imidlertid en realitet at saksforberedende dommer i stor grad er prisgitt prosessfullmektigenes planlagte opplegg. Dokumentbevisene kan være på flere tusen sider og planlagt vitneførsel omfattende. Det er ikke realistisk at saksforberedende dommer har anledning og mulighet til å gå så tungt inn i konkrete bevisetema og bevis i forkant av ankeforhandlingen at dommeren kan tilskjære saken betydelig dersom prosessfullmektigene motsetter seg dette. En spissing av forhandlingene til sakens reelle tvistepunkter fordrer til en viss grad et samarbeid mellom retten og prosessfullmektigene. En regel om preklusjon, som foreslått av kommisjonen, vil imidlertid være et godt hjelpemiddel til at saken i alle fall ikke blir mer omfattende i lagmannsretten enn den var i tingretten.

25.5 Virkemidler til en bedre ankebehandling

25.5.3 Preklusjon

Borgarting lagmannsrett støtter forslaget om å innføre preklusjon mellom instansene. Forslaget er et viktig grep for å skyve tyngdepunktet i behandlingen til tingretten, og hindre at behandlingen i lagmannsretten blir mer omfattende enn tingrettsbehandlingen. I all hovedsak synes kommisjonen å ha vektlagt de ulike hensynene i den foreslåtte unntaksregelen på en god måte.

Det er likevel grunn til å forvente at en bestemmelse om preklusjon – i alle fall i en periode etter vedtakelse – vil generere noe mer arbeid under saksforberedelsen i lagmannsretten. Etter hvert vil antakelig rettspraksis bidra til å gjøre kriteriene i bestemmelsen klarere.

Vi vil i den forbindelse bemerke at enkelte av unntakene i forslaget til § 29-4 femte ledd er svært skjønnsmessige, og derved kan være prosesskapende. Dette gjelder særlig bokstav b) og c). Det bør vurderes å gjøre kriteriene strengere og klarere. Bokstav b) kunne eksempelvis formuleres slik:

- b) parten ikke kunne ha oppdaget mens saken stod for tingretten,

Formuleringen i bokstav c) synes særlig problematisk. For det første inkluderer den «påstandsgrunnlag ... det var rimelig å forvente at motparten skulle ført for tingretten ...». Vi kan vanskelig se at en motpart kan forventes å føre påstandsgrunnlag for en annen part, eller gjøre parten eller retten oppmerksom på et mulig påstandsgrunnlag.

Dernest gjelder forslaget til bokstav c) for «bevis ... det var rimelig å forvente at motparten skulle ført for tingretten ...». Dette er et meget skjønnsmessig kriterium, og det er uklart for oss hvordan kriteriet henger sammen med partenens opplysningsplikt etter tvisteloven § 21-4. Vi frykter at et kriterium som dette kan være særlig prosesskapende.

Det bør også vurderes om tvisteloven § 29-4 tredje ledd må endres for å oppnå formålet om preklusjon mellom instansene. Denne bestemmelsen gjelder utvidelse av påstanden for et krav, og kriteriet for å kunne gjøre det er etter bestemmelsen at endringen «er begrunnet i forhold som først er blitt kjent for parten etter hovedforhandlingen i tingretten». Det stilles da ikke noe krav til *hvorfor* forholdet først er blitt kjent på et så sent tidspunkt. De endringene som foreslås har som formål å konsentrere bevisavklaringer til tingrettsbehandlingen. Ordlyden i § 29-4 tredje ledd burde derfor endres til for eksempel: «... forhold som først kunne bli kjent for parten etter hovedforhandlingen i tingretten ...».

25.5.4 Adgang til å nekte anker fremmet

Borgarting lagmannsrett avga 4. januar 2021 høringsuttalelse til Justisdepartementet om blant annet adgangen til å nekte anker fremmet. I høringsuttalelsen gikk vi inn for å redusere dagens terskel for å nekte anker fremmet. Vi kan i all hovedsak vise til denne høringsuttalelsen.

I høringsuttalelsen uttalte vi blant annet:

Lagmannsretten noterer at departementet ikke på nåværende tidspunkt ønsker å foreslå endringer som innebærer omlegging fra en nektelsesordning til en samtykkeordning.

Lagmannsretten vil imidlertid vise til at dagens ordning allerede i realiteten er en skriftlig realitetsbehandling av saken, jf. fremstillingen i høringsnotatet punkt 9.5.1. Det er således til dels misvisende at det er tale om å «nekte anken fremmet». Det gis en fullverdig begrunnelse for at det er klart at anken ikke vil føre frem. Begrunnelsen oppfyller kravene til begrunnelse av dommer og kjennelser i tvisteloven § 19-6 fjerde ledd. At avgjørelsen treffes som beslutning synes å være historisk betinget, blant annet fordi det tidligere ikke var noe krav til begrunnelse, se NOU 2001:32 A Rett på sak, side 556. Det ville således være mest i tråd med de faktiske realitetene om tvisteloven § 29-13 annet ledd ikke fastsatte at anke over dom kan «nektes fremmet», men heller at anke over dom «kan avgjøres ved dom etter forenklet ankebehandling», jf. også begrepsbruken i § 9-8 første ledd.

Dersom man senker terskelen i § 29-13 annet ledd og endrer begrepsbruken slik det er antydnet i sitatet ovenfor, vil man i realiteten langt på vei ha etablert det kommisjonen omtaler som et «tosporet system for ankebehandling». Vi vil for øvrig bemerke at det er noe misvisende å omtale systemet i Sverige og Finland som et «tosporet» system. Det er i realiteten tale om to trinn, ikke to spor. Det avgjøres først om det skal gis samtykke til behandling i hovrätten, basert på om det er nærmere definerte svakheter ved tingrettens dom. Er svaret på dette nei, blir det ikke noen ytterligere behandling i hovrätten. Er svaret ja, går man til neste trinn, som er overprøvingen (basert på preklusjon, økt skriftlighet etc). På mange måter fungerer også systemet slik i Norge.

Vi er enige med kommisjonen i at det i første omgang er hensiktsmessig å bygge videre på dagens ordning i tvisteloven. Dette bør da gjøres med en redusert terskel for å nekte anker fremmet, jf. høringsprosessen allerede gjennomført av Justisdepartementet. Selv om det allerede under dagens regelverk er forsvarlig å senke terskelen for å nekte anker fremmet, vil innføring av preklusjon og gjenbruk av opptak i anneninstansen – som kommisjonen påpeker – i ytterligere grad underbygge at det er forsvarlig å senke terskelen i § 29-13 annet ledd uten å utfordre rettssikkerheten.

På sikt bør det så vurderes om man skal gå over til en samtykkeordning, der det også må vurderes nærmere hva kriteriene skal være for å gi samtykke til full ankebehandling i lagmannsretten.

25.5.5 Tydeligere krav til saksforberedelsen

Borgarting lagmannsrett er positiv til kommisjonens grunntanke om å stille krav til partene om å konkretisere tvistepunktene i ankesaken så tidlig som mulig, og til forslaget til endring i tvisteloven § 29-9 tredje ledd bokstav d), som forutsetter at anken positivt angir de delene av avgjørelsen som ankes. Dette kan være et godt bidrag til en mer spisset og effektiv saksforberedelse – ettersom tvistepunktene konkretiseres tidligere, slik at motparten vet hva vedkommende skal forsvare seg mot – og retten vet hva som skal behandles. Forslaget gir

dessuten god sammenheng med forslagene til endring i første instans og forslaget om preklusjon mellom instansene.

Borgarting lagmannsrett er ikke enig i forslaget om at forberedende dommer i lagmannsretten skal få en plikt til å lage en skriftlig sammenfatning av partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag.

Vi mener at hensynene bak å lovfeste en slik plikt er bedre tilpasset arbeidet i tingretten enn i lagmannsretten. I tingretten er saken til behandling for første gang. Behovet for å «rydde» er større, og det er ikke tvilsomt at aktiv saksstyring på et tidlig stadium kan bidra til å få uvesentligheter ut av saken. Når saken kommer til lagmannsretten, vil tingrettens dom stort sett danne et ganske ryddig utgangspunkt og gi en tydeligere ramme rundt saken. En skriftlig sammenfatning kan i en del saker også ha betydning for konsentrasjon av saken i lagmannsretten, men vi tviler på at det vil gjelde i alle saker. Vi bemerker at etter den svenske ordningen (hvor kommisjonen har hentet inspirasjon til regelen), gjelderplikten til å lage en slik sammenfatning bare for første instans. I ankeinstansen er regelen at dersom det «är till fördel för» gjennomføringen av saken, «bör» hovrätten lage en slik sammenfatning.¹

Kommisjonens antakelse om at den totale tidsbruken vil bli redusert i lagmannsretten synes svært usikker. En forskjell mellom tingretten og lagmannsretten er at forberedende dommer og rettens leder/doms skriver ofte vil være den samme i tingretten. Dette er ikke situasjonen i lagmannsretten. Borgarting lagmannsrett har utarbeidet retningslinjer hvor saksforberedende dommer er en del av den dømmende rett dersom det er saksforberedelse av noe omfang, og dersom en effektiv beramning gjør det mulig. I de aller fleste sakene er saksforberedende dommer ikke en del av den dømmende rett. En lovregel som pålegger at saksforberedende dommer i *alle* saker skal skrive en sammenfatning av saken, vil medføre at dommeren som skriver sammenfatningen, jevnlig ikke vil være ankeforhandlingsdommer. Selv om en annen dommers sammenfatning kan ha verdi for rettens administrator og for doms skriver, er potensialet til besparelse ikke like stort i lagmannsretten som i tingretten.

Oppgaven med å lage en skriftlig sammenfatning vil binde opp tid i alle saker. Dette er en betenkelig tidsbruk ikke minst med tanke på andelen saker som statistisk sett faller bort etter at de har kommet inn til lagmannsretten. Vi tviler derfor på at dette vil være et virkemiddel som bidrar til en mer effektiv og ressursøkonomisk ankebehandling.

Det kan være tvilsomt om formuleringen av de økte kravene til spesifisering i ankeerklæringen («de delene av avgjørelsene som ankes») er tilstrekkelig til å oppnå formålet om bedre ankeerklæringer.

¹ Rättegångsbalken (1942:740) 50 kap. 12 a §.

Når det gjelder de konkrete forslagene til lovendringer, er vi positive til den foreslåtte endringen i tvisteloven § 29-16, slik at det uttrykkelig fremgår at den faktiske fremstillingen i tingrettens dom skal legges til grunn i den grad den ikke er bestridt.

25.5.6 Skriftlig behandling

Borgarting lagmannsrett slutter seg til kommisjonens forslag om ikke å innføre regler for å oppnå en større grad av skriftlig behandling. Tvisteloven inneholder allerede tilstrekkelige virkemidler for skriftlig behandling.

Vi vil bemerke at en økt bruk av lovens virkemidler for å oppnå mer skriftlighet, antagelig vil ha begrenset prosessøkonomisk effekt. Erfaringene tilsier at det er forholdsvis få saker som er egnet for skriftlig behandling, og at det i mange saker er mer arbeidskrevende med skriftlig behandling og mindre effektivt enn muntlige forhandling. Sakstypene der lagmannsretten har gode erfaringer med skriftlig behandling, er først og fremst begrensede anker i straffesaker. I sivile saker kan muligheten til skriftlig behandling muligens anvendes noe oftere enn nå, særlig ved rene lovanvendelsesanker.

25.5.7 Anke over saksbehandlingen

Lagmannsretten slutter seg til kommisjonens grunntanke om en betydelig snevrere adgang til å anke avgjørelser som gjelder saksbehandlingen særskilt. Etter en samlet vurdering synes kommisjonen å ha vektet de ulike hensynene på en forsvarlig og god måte, hvor det er gjort unntak for blant annet saksbehandlingsavgjørelser med stor betydning for prosessens kvalitet og legitimitet (for eksempel avgjørelser om habilitet). Lagmannsretten og partenes samlede ressursbruk i slike anker er store. En begrensning i ankeretten, som foreslått av kommisjonen, vil medføre at den samlede ressursbruken går ned, men samtidig ivareta hensynet til å sikre kvalitet i den instansen hvor saken står, på en god nok måte.

Borgarting lagmannsrett mener at kommisjonens grovskisse til mulige endringer i tvisteloven § 29-2 kan være et utgangspunkt for mer presise regler om adgangen til å anke over saksbehandlingen, men har ikke vurdert skissen i detalj.

25.5.8 Gjenbruk av opptak i anneninstans

Som et prinsipielt utgangspunkt mener Borgarting lagmannsrett at det må tas opptak med lyd og bilde av hovedforhandlingen i tingretten både i straffesaker og i sivile saker. Det vil sikre notoritet omkring tingrettsbehandlingen. Dette er også viktig når rettsmøter etter hvert i større grad strømmes over internett til et større publikum. Strømming gir en risiko for at opptak fra rettsforhandlinger manipuleres. Hvis retten ikke har eget opptak av forhandlingene, blir det vanskelig å dokumentere hva som faktisk skjedde i retten. Disse hensynene gjør seg også

gjeldende ved ankebehandlingen. Opptak av forhandlingene i lagmannsretten vil også kunne ha betydning ved ankebehandling for Høyesterett og ved begjæringer om gjenåpning.

I tillegg mener Borgarting lagmannsrett at opptakene fra tingretten må kunne benyttes i ankebehandlingen. Hvordan det nærmere bør skje, er fortsatt uavklart. Det pågår for tiden et prøveprosjekt i Hålogaland og Gulating lagmannsrett. Evalueringen av disse prosjektene vil gi veiledning om hvordan gjenbruk av forklaringene til vitner og parter best kan legges opp i lagmannsretten.

For sivile saker er vi enige med kommisjonen om at gjenbruk av opptak fra tingretten bør ses i sammenheng med innføringen av preklusjon mellom instansene. Behovet for at vitner forklarer seg på nytt kan reduseres. Opptak av forklaringer kan også ha betydning ved vurderingen av om anker skal nektes fremmet. Vi vil imidlertid advare mot en ordning der lagmannsretten under arbeidet med å vurdere om en anke skal nektes fremmet (både i straffesaker og i sivile saker) forventes å se og høre en rekke vitneforklaringer fra tingrettsbehandlingen. Det vil være meget tid- og ressurskrevende og kan medføre at gevinsten ved å nekte en anke fremmet ikke vil foreligge. Det er derfor viktig å etablere en fornuftig gjenbruk av forklaringene, der advokatene spesifiserer hvilke deler av opptakene som er viktige, slik at lagmannsretten kun gjenbruker de delene av forklaringene som er relevante for den avgjørelsen de skal ta og/eller på de områder der det er grunn til å tvile på at tingrettens avgjørelse er korrekt. Lagmannsretten vil her være avhengig av et samarbeid mellom advokatene, og det er en risiko for at disse kan ha ulikt syn på hvilke deler av et opptak som er relevant. Ordningen krever også at utspørringen i tingretten er svært strukturert.

25.5.9 Nasjonal køordning

Borgarting lagmannsrett ser at en «nasjonal køordning» i utgangspunktet kan fremstå som ressursbesparende og at det vil kunne bidra til å forkorte saksbehandlingstiden i saker som behandles skriftlig. Det foreligger imidlertid ingen analyse i utredningen over hva som er behovet og hvordan en slik ordning vil oppnå målene kommisjonen oppstiller. Kommisjonen foreslår at lagmannsrettene «selv går i bresjen for dette», inkludert å utrede behovet for endringer i prosesslovgivningen og ved å utvikle felles rutiner for ordningen.

Vi vil bemerke at lagmannsrettene har begrenset med ressurser til å gjennomføre et slikt arbeid, som fremstår som omfattende både faktisk og rettslig. Vi er usikre på om det er riktig å prioritere et slikt arbeid nå. Dersom man går videre med forslaget, vil det være naturlig at denne innledes med en dialog mellom DA og førstelagmennene, hvor behov og mulig struktur diskuteres på overordnet plan.

25.5.10 Spesialisering

Vi viser her til våre kommentarer under punkt 23 ovenfor.

25.6 Forholdet til straffeprosessloven

I punkt 25.4 er kommisjonens overordnede vurdering at ankebehandlingen i lagmannsretten bør bestå i en overprøving av tingrettens avgjørelse og ikke være en fullstendig ny behandling av saken (omprøving). Som påpekt av kommisjonen i punkt 25.6.1, er dette også mye av den samme tankegangen som Straffeprosessutvalgets overordnede syn på ankebehandlingen i straffesaker (NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov punkt 20.4.3). Borgarting lagmannsrett er langt på vei enig i disse betraktningene. Det er vesentlig – også i straffesaker – at ankebehandlingen i større grad konsentreres om det som er omtvistet.

For å oppnå at ankeforhandlingen konsentreres om det som er reelt omtvistet, har saksforberedelsen også i straffesakene en nøkkelfunksjon (sml. punkt 25.5.5 i kommisjonens utredning), særlig i de større sakene. Vi viser her til rapporten «Bedre og mer effektiv straffesaksbehandling i domstolene». Rapporten ble avgitt 13. januar 2020 og er utarbeidet av en arbeidsgruppe sammensatt av representanter fra tingrettene, lagmannsrettene, Den høyere påtalemyndighet, privatpraktiserende advokater og Domstoladministrasjonen. Det var Dommerforeningen og Riksadvokaten som i fellesskap tok initiativet til å opprette gruppen. Mandatet var å utarbeide felles retningslinjer for behandlingen av straffesaker i tingrettene og lagmannsrettene. Rapporten inneholder en enstemmig anbefaling om hva slike retningslinjer bør inneholde, både for saksforberedelsen og for hoved- og ankeforhandling. Retningslinjene er iverksatt i Borgarting lagmannsrett.

Borgarting lagmannsrett vil imidlertid påpeke at de svært store og langvarige sakene med omfattende bevisføring, reiser særlig problemstillinger. Borgarting lagmannsrett har en del slike saker. Å finne den rette balansen mellom overprøving og omprøving – samt hvor aktiv saksforberedelsen skal være – er mer krevende enn i de mer ordinære sakene. I Borgarting lagmannsrett er det gjort et omfattende arbeid med aktiv saksforberedelse i disse sakene (blant annet utarbeidelse av retningslinjer, at rettens leder utpekes tidlig og saksforberedende møter). En slik saksforberedelse er ressurskrevende. Vår erfaring er at en aktiv saksforberedelse i disse sakene i større grad bidrar til at aktørene konsentrerer forhandlingene om de reelle bevistemaene og hva som skal overprøves. Det er imidlertid en realitet at saksforberedende dommer i stor grad er prisgitt aktors (og forsvarers) planlagte opplegg. Spissing av saken til det som er de reelle tvistepunktene fordrer i stor grad et samarbeid mellom retten og de profesjonelle aktørene. Dokumentbevisene kan være på flere tusen sider og planlagt vitneførsel omfattende. Det er ikke realistisk at saksforberedende dommer har anledning og mulighet til å gå så tungt inn i konkrete bevistema og bevis i forkant av ankeforhandlingen at saken kan tilskjæres betydelig dersom aktørene har vektige innvendinger. En slik praksis vil

også reise vanskelige prinsipielle spørsmål om rollefordelingen mellom aktor og domstol, og om forholdet mellom rettens leder og de andre medlemmene av den dømmende rett.

25.6.2 Preklusjon

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at preklusjon mellom instansene ikke bør innføres i straffesaker.

25.6.3 Adgangen til å nekte anker fremmet

Borgarting lagmannsrett er enige i at for straffesaker er ytterligere begrensninger i ankeadgangen (utvidet adgang til å nekte anker fremmet) ikke aktuelt. Som kjent innebar endringen i straffeprosessloven ved lov 21. juni 2019 nr. 51, som trådte i kraft 1. januar 2020, at den ubetingede ankeretten falt bort i saker med strafferamme på fengsel i mer enn seks år.

Kommisjonen bemerker at det kan synes paradoksalt at det er større adgang til å nekte anke fremmet i straffesaker enn i sivile saker. Vi vil påpeke at den egentlige forskjellen er at det i større utstrekning skjer en forenklet overprøving etter skriftlig behandling i straffesaker enn i sivile saker. Silingsprosessen i straffesaker – som i sivile saker – innebærer i realiteten ikke at anken nektes fremmet, men er en avgjørelse av anken etter en forenklet skriftlig behandling. Silingen av straffesaker er dermed et godt eksempel på at ankeinstansens rolle ved ankebehandlingen innebærer en overprøving – og ikke en omprøving – av tingrettens dom. Det karakteristiske for silingen er nettopp at det skjer en overprøving av tingrettens dom på de punkter den er angrepet i anken, og at prosessen er skriftlig. Siling er således et eksempel på at lagmannsrettene allerede etter dagens ordning har en rendyrket overprøvingsfunksjon.

25.6.4 Skriftlig behandling

Kommisjonen viser til at Straffeprosessutvalget foreslår at alle typer anker bør kunne avgjøres skriftlig hvis partene samtykker eller retten finner det åpenbart hensiktsmessig. Kommisjonen mener imidlertid at vilkåret «åpenbart» medfører at terskelen for skriftlig behandling blir for høy og foreslår «en regulering basert på samtykke eller at retten finner det ‘klart hensiktsmessig’».

Om utvidet adgang til skriftlig behandling viser vi til Borgartings høringsuttalelse 26. januar 2021 om forslag til endringer i prosessregelverket, som gjaldt spørsmålet om regler i den midlertidige covid19-loven (lov 47/2020) burde gjøres permanente. Her uttalte vi om skriftlig behandling:

Borgarting lagmannsrett anbefaler videre at bestemmelsen i Covid19-loven § 5 om utvidet adgang til skriftlig behandling ved begrenset anke videreføres. Dette bør også gjelde for anke over reaksjonsspørsmålet i seksårssak. Samtykke fra partene bør være et

generelt vilkår slik det nå er etter straffeprosessloven § 333, i tillegg til at retten må finne behandlingsmåten hensiktsmessig og forsvarlig. Det bør klargjøres at «partene» som må samtykke, er påtalemyndigheten og siktede. Fornærmede, som enten selv eller ved bistandsadvokat har fremmet sivile krav, bør høres, men ikke anses som part i relasjon til samtykkeregelen, selv om vedkommende er part i straffesaken for så vidt gjelder de sivile kravene.

Borgarting lagmannsrett mener at det er vanskelig å se for seg at bevisanker skal behandles skriftlig, men det er mulig at adgangen bør holdes åpen for det (noe upraktiske) tilfelle at anken bare i liten grad reiser faktiske spørsmål hvor umiddelbar bevisføring vil være av vesentlig betydning (sml. tvisteloven § 29-16).

Etter straffeprosessloven § 333 er partenes samtykke et vilkår for skriftlig behandling ved begrenset anke i annet enn sak med strafferamme over seks år. Etter covid19-prosessloven (lov 47/2020) § 5 første ledd kreves ikke partenes samtykke til skriftlig behandling av begrenset anke, men det er noen viktige unntak som innebærer at regelen i praksis har liten betydning. Vår erfaring er at det har vært lite behov for adgangen til å beslutte skriftlig behandling uten partenes samtykke.

I vår høringsuttalelse gjengitt ovenfor, forutsatte vi at det var et vilkår at partene samtykket til en skriftlig behandling. Vi noterer at kommisjonen ikke stiller det som noe krav. Vi har ikke noen innvendinger til at dette ikke oppstilles som et lovkrav. Vi mener også at terskelen vi foreslo i høringsuttalelsen gjengitt ovenfor («hensiktsmessig og forsvarlig»), er en bedre terskel enn den som er foreslått av kommisjonen («klart hensiktsmessig»). Henvisningen til at behandlingsformen skal være forsvarlig er etter vårt syn et bedre kriterium enn å kvalifisere hensiktsmessighetsvurderingen.

Etter vårt syn vil derfor den mest hensiktsmessige regel være at retten kan beslutte skriftlig behandling ved begrenset anke dersom partene samtykker eller retten finner at en slik behandlingsmåte er hensiktsmessig og forsvarlig.

25.6.5 Øvrige forslag

Når det gjelder spørsmålet om gjenbruk av opptak og nasjonal koordeining for straffesaker viser vi til vår uttalelse ovenfor under punktene 25.5.8 og 25.5.9. Som det fremgår av vår uttalelse ovenfor under punkt 23, er vi enig i at moderat spesialisering også kan anvendes i straffesaker og for lagmannsretten.

25.7 Lagmannsretten som førsteinstans

Kommisjonen foreslår at lagmannsrettene ikke lenger skal fungere som førsteinstans innenfor rettssystemet i noen saker, og at alle saker skal starte i tingretten.

Borgarting lagmannsrett er enig i kommisjonens prinsipielle utgangspunkt om å rendyrke lagmannsrettens rolle som overprøver, og at domstolenes konstitusjonelle stilling og hensynet til borgernes rettssikkerhet tilsier at behandlingen bør starte i tingretten. Vi støtter derfor at anker over Kartverkets og Løsøreregisterets vedtak bør starte i tingretten.

Når det gjelder Trygderettens vedtak, har den trygdede ofte hatt en langvarig prosess i trygdesystemet og for Trygderetten. Det er tale om en utsatt gruppe som ofte har begrenset med ressurser. Tidsaspektet er ofte særlig viktig i denne typen saker. Dette kan tilsi at de prinsipielle hensynene bør vike for den trygdedes legitime interesse i å få sin sak avgjort innen rimelig tid. Det har også betydning at Trygderetten er et domstollignende organ. Et alternativ som kan vurderes, er å innføre samme ordning som gjelder for saker om tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren (kapittel 36 i tvisteloven). Ordningen er her som kjent at det kreves lagmannsrettens samtykke for behandling i lagmannsretten, og at slikt samtykke bare kan gis dersom nærmere bestemte kriterier er oppfylt (se tvisteloven § 36-10 tredje ledd). En slik løsning kan oppfylle ønsket om at alle saker bør begynne i tingretten, samtidig som de fleste saker vil få en raskere avgjørelse.

Tidsaspektet har også betydning for hvordan klager på Konkurransetilsynets vedtak bør behandles. Det er gjerne en omfattende prosess og saksbehandling for Konkurransetilsynet før de treffer sitt vedtak. Sakene som bringes inn for domstolene er gjerne omfattende. Dersom disse sakene både skal behandles i Konkurransklagenemnda, tingretten og lagmannsretten, frykter vi at saksbehandlingstiden vil bli uforsvarlig lang.

26 JORDSKIFTERETTENE

26.2.2 Styringsmodell for jordskifterettene

Borgarting lagmannsrett er i utgangspunktet positive til kommisjonens forslag om å samle ansvaret for jordskifteloven og jordskifterettens struktur i Justis- og beredskapsdepartementet. Det må likevel være en klar forutsetning at overføring først kan skje når kompetanse på jordskifterettslige spørsmål er tilført eller opparbeidet i Justis- og beredskapsdepartementet.

26.2.3 Utnevnelse av jordskiftedommere

Borgarting lagmannsrett er enig med kommisjonen i at dommeren fra jordskifteretten kan delta i alle innstillinger til dommerembeter. Av hensyn til et bredt sammensatt Innstillingsråd

og behovet for en kontaktflate mot rekrutteringsmiljøet for jordskiftedommere, er det lagmannsrettens syn at det er uheldig å avskaffe ordningen med at en jordskifte kandidat deltar ved innstilling av jordskiftedommer.

26.2.7 Fastsettelse av lønn og arbeidsvilkår for jordskiftedommere

Borgarting lagmannsrett støtter forslaget om fastsettelse av lønn og arbeidsvilkår for jordskiftedommere skal følge samme system som for dommere i tingretten, og slik at lønnsnivået blir det samme. Jordskifteretten er en særdomstol og har et avgrenset juridisk arbeidsfelt. Det samme er tilfellet for Oslo byfogdembete og Arbeidsretten, men dommerne har samme avlønning som henholdsvis tingrettsdommere og lagdommere.

26.3 Oppgaver

26.3.3 Merking av verneområder

Borgarting lagmannsrett er enig i at merking av verneområdet bør utgå som en oppgave for jordskifterettene. Jordskifteretten er en uavhengig domstol og bør ikke tillegges oppgaver som bare består i teknisk avmerking av grenser som andre instanser eller virksomheter har fastsatt.

26.3.4 Domstol for fast eiendom

Borgarting lagmannsrett er enig i forslaget om å gi jordskifteretten eksklusiv kompetanse til å avgjøre spørsmål om fysiske eiendoms- og bruksrettsgrenser, og parallell kompetanse til å avgjøre hvem som er eier av et areal, også der det ikke er tvist om grensene. Kommisjonens forslag om å gi jordskifteretten utvidet kompetanse til å avgjøre spørsmål i tilknytning til statsallmenninger og bygdeallmenninger tiltres også.

26.3.5 Den samiske dimensjonen

Reindriftsnæringens tilgang til virkemidlene i jordskifteloven på lik linje som andre bruksrettshavere bør følges opp og eventuelt utredes nærmere i tråd med kommisjonens anbefalinger.

26.3.6 Skjønssaker

I Reitens rapport Oppgaver inn og ut av jordskifteretten, kapittel 9 foreslås det i tillegg til eksisterende skjønnsoppgaver, at jordskifteretten skal holde skjønn etter sju særlover. Kommisjonen tiltrer Reitens forslag. Det vil være en naturlig fortsettelse av utviklingen de siste årene, hvor jordskifteretten har overtatt flere skjønnsoppgaver fra tingretten. Jordskiftedommernes utdanning og erfaring tilsier at dette er en ordning som både er praktisk og forsvarlig.

Når det gjelder offentlige ekspropriasjonsskjønn og skjønn etter tomtefesteloven, er Borgarting lagmannsrett enig med kommisjonen og Reiten i at det kreves nærmere utredninger før disse sakene eventuelt overføres fra tingretten til jordskifteretten, og at spørsmålet også bør ses i sammenheng med struktur- og sammenslåingsspørsmålet.

26.5 En felles førsteinstans

Borgarting lagmannsrett oppfatter at en fremtidig sammenslåing mellom jordskifteretter og tingretter vil være positivt for det rettssøkende publikum. Erfaringer med samlokalisering og samarbeid har i mange tilfeller vært gode, særlig på de mindre stedene. Vi støtter likevel kommisjonens tilråding om at det bør gjøres grundigere utredninger før det treffes en endelig konklusjon om sammenslåing.

Borgarting lagmannsrett

Marianne Vollan
førstelagmann

Christian Lund
lagmann