

# **SENSORVEILEDNING JUS 4211 H 2014 – EN SAMMENLIGNENDE FREMSTILLING AV REGLENE FOR SIVILE SAKER OG STRAFFESAKER OM ADGANGEN TIL Å ANKE OVER KJENNELSER OG BESLUTNINGER**

## *1 Læringsmål og hovedlitteratur*

I hovedlitteraturen finnes stoff til å besvare oppgaven særlig i Hov: Innføring i prosess[2009] bind 2 kap. 62 (s. 962-81, unntatt petitavsnitt), Robberstad: Sivilprosess (2. utg., 2013) kap. 13.3 (s. 322-26) og Andenæs: Norsk straffeprosess (4. utg. v/Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009 kap. 73 (s. 556-71, unntatt petitavsnitt).

Læringsmålene er noe forskjellig formulert for de to fagene. I sivilprosess inngår det i læringsmålene at studentene «skal ha god forståelse av ... overprøving av rettsavgjørelser». I straffeprosess heter det mer generelt at studentene «skal ha god forståelse av ... grunnsetningen om rettferdig rettergang («fair trial») i EMK art 6 for behandlingen av straffesaker innen ... domstolene, og hvordan denne skal sikres ved følgende hovedprinsipper: ... prinsippet om overprøving». Det er tilføyd at kravet til god forståelse omfatter hvordan prinsippene er oppfattet og gjennomført i gjeldende rett. Læringsmålet i straffeprosess innbyr likevel i mindre grad til detaljerte kunnskaper innenfor oppgavens felt enn læringsmålet i sivilprosess gjør. Denne forskjellen er imidlertid ikke reflektert i fremstillingene i hovedlitteraturen.

Studenter som leser Hovs fremstilling, kan ha en viss fordel ved at Hov behandler sivilprosessen og straffeprosessen under ett. I sivilprosessen har til gjengjeld Robberstads nyere fremstilling kunnet fange opp enkelte rettsavgjørelser som ikke er nevnt i Hovs bok. Men ved eksamensbordet vil det nok være viktigst for kand. at de evner å holde opp mot hverandre de relevante lovbestemmelser som de har tilgang til gjennom lovsamlingen.

## *2 Generelle synspunkter på opplegg og avgrensning*

Opgaven ber uttrykkelig om en sammenligning av reglene for sivile saker og straffesaker. Om reglene blir behandlet hver for seg og etter hverandre, uten noen oppsummerende sammenligning, vil altså ikke det være et svar på oppgaven. Disponeringen bør skje ut fra generelle prosessuelle problemstillinger, der kand. for hver problemstilling viser hvordan spørsmålet er regulert i både sivilprosessen og straffeprosessen. Det er en utfordring å få til det på en god måte ettersom det er store forskjeller i hvordan reglene er strukturert i tvisteloven og straffeprosessloven.

Både likheter og forskjeller i reglene bør omtales. Når disposisjonen knyttes til prosessuelle problemstillinger, bør det falle naturlig. Det kan derimot være spørsmål om hvordan kand. bør forholde seg til problemstillinger knyttet til situasjoner som bare reiser seg i enten sivile saker eller straffesaker. Også slike problemstillinger er det grunn til å nevne, men her er det mindre grunn til å gi mer enn en kortfattet redegjørelse for hvordan problemstillingen er regulert.

Det kan reises spørsmål om hvor langt kand. bør gå i en detaljert redegjørelse for gjeldende rett. En lengre drøftelse av hva som er gjeldende rett for de respektive sakstyper, har som utgangspunkt mindre interesse enn en drøftelse som er klart knyttet opp mot en felles problemstilling. Generelt vil nitide drøftelser av enkeltspørsmål stå mindre sentralt i en sammenligningsoppgave som den foreliggende.

Oppgaven ber ikke direkte om rettspolitiske eller lovtekniske synspunkter, men det kan være et pluss om kand. tar med slike. Det er særlig verdifullt om kand. får frem lovgrunnen for begrensninger i ankeadgangen, især der den er noe forskjellig for sivile saker og straffesaker. Også synspunkter på lovens terminologi, som til dels er sterkt kritisert i hovedlitteraturen, kan ha sin plass.

Reglene om anke over kjennelser og beslutninger er i utgangspunktet lovfestet i tvisteloven og straffeprosessloven, men på forskjellig lovteknisk vis i de to lovene. En viktig del av oppgaven består derfor i å sammenholde bestemmelser fra to lover med forskjellig oppbygging og utforming. Det nærmere innhold av mange av bestemmelsene er fastlagt gjennom rettspraksis. Noe fullstendig bilde av denne rettspraksis kan det ikke ventes at en kand. skal ha.

Oppgaven gjelder «adgangen» til anke. I dette ligger at reglene om ankeerklæringens innhold, behandlingsmåten for anker, avgjørersformen og virkningen av avgjørelsene ikke skal behandles. Derimot hører både vilkårene for anke og silingsregler med, og det samme gjelder hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende ved anke over kjennelser og beslutninger. Men det er ikke grunn til å ta med reglene om ankeinstansens adgang til å avgjøre en anke uten nærmere begrunnelse (tv. § 30-9 annet ledd, strpl. § 387 a). Hvem som kan anke, og når en anke må skje, hører også naturlig med i oppgaven.

Et eget spørsmål er om besvarelsene skal begrense seg til å ta opp særskilt anke, eller om de også bør ta opp adgangen til å anføre feil ved kjennelser og beslutninger som ankegrunn ved anke over dommer. Det bør gis et pluss for en kand. som ser dette avgrensningsspørsmålet. Begge løsninger bør godtas. Etter min mening er det mest nærliggende å forstå oppgaven slik at den bare gjelder særskilt anke.

### 3 *Hovedpunkter i besvarelsen*

#### a) Lovens utgangspunkt: Alminnelig ankeadgang

Det bør først fremheves at utgangspunktet er en alminnelig adgang til å anke over kjennelser og beslutninger, jf. tv. § 29-2 (1) (jf. også § 30-3 første ledd) og strpl. § 377 første ledd. Det kan påpekes at dette gjelder både kjennelser som avslutter saken, og prosessledende (saksstyrende) avgjørelser. Anke over kjennelser som avslutter saken, er mest praktisk i sivile saker, først og fremst ved kjennelser om avvisning. Hverken tvisteloven eller straffeprosessloven har noen regler om krav om samtykke for anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger (til forskjell fra reglene om dommer).

Det kan eventuelt påpekes at andre dommerhandlinger enn (dommer og) kjennelser og beslutninger ikke kan påankes, og kort drøftes når en dommerhandling kan sies å utgjøre en beslutning som kan påankes. Dette er spørsmål som er kort berørt i Hov og Andenæs/Myhrer. Det kan også påpekes at feilaktig betegnelse ikke medfører en annen ankeadgang enn den som egentlig skulle gjelde, jf. tv. § 19-1 fjerde ledd, men her kan det ligge en nyanse i straffeprosessen ved at dette synspunktet ikke bør anvendes til skade for tiltalte.

#### b) Begrensninger i ankeadgangen

Begrensningene i ankeadgangen går dels ut på at visse avgjørelser ikke kan ankes, dels på at bare visse sider ved avgjørelsen kan overprøves (eller om man vil: at ankegrunnene er begrenset). De fleste begrensningene i ankeadgangen er av sistnevnte type (særlig for tvistelovens del). Til dels er de forskjellige i sivile saker og straffesaker, både i utforming og i innhold.

I straffesaker er anke utelukket over avgjørelser som «etter sin art» er uangripelige, jf. strpl. § 377 første ledd. Det har nok størst betydning for beslutninger. Kand. bør forklare hva det sikter til, og iallfall få frem at det sikter til utpreget skjønnsmessige avgjørelser som beror på et hensiktsmessighetsskjønn. Etter rettspraksis kan likevel også slike avgjørelser ankes på grunnlag av uriktig lovtolkning eller grovere saksbehandlingsfeil (jf. Rt. 1997 s. 1193 U og senest Rt. 2014 s. 223 U). I sivile saker er den nevnte begrensningen nå ivaretatt på annen måte, jf. nedenfor.

Strpl. § 377 fastslår dessuten at det ikke kan ankes over avgjørelser som «etter særskilt lovregel» er uangripelige. Tvisteloven har ingen slik generell reservasjon for særlige lovbestemmelser, men eksempler på slike bestemmelser er tvl. § 15-7 annet ledd femte punktum (partshjelp), § 16-14 annet ledd (oppfriskning) og § 29-13 femte ledd (ankesiling). Alle disse begrenser ankegrunnene (jf. nedenfor), og i flere tilfeller gjelder disse begrensningene bare når avgjørelsen har gått i én bestemt retning.

#### c) Begrensninger i ankegrunner

Hovedregelen for *kjennelser* er både i sivile saker og straffesaker at de kan ankes på grunnlag av feil i rettsanvendelsen, i bedømmelsen av faktiske forhold eller i saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen (jf. for sivile saker tvl. § 29-3 første ledd).

For sivile saker setter tvisteloven flere begrensninger for hvilke ankegrunner som kan påberopes, og hva ankedomstolen følgelig kan ta stilling til. For kjennelser om saksbehandlingen som også beror på et skjønn over «hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling», er det etter tvl. § 29-3 annet ledd bare en begrenset adgang til å angripe denne skjønnsutøvingen – nemlig på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig. Det er en fordel om kand. forklarer – gjerne med et eksempel eller to – hva slags situasjoner som faller inn under slik skjønnsutøving som begrensningen gjelder for.

Beslutninger i sivile saker kan bare angripes på grunnlag av uriktig generell lovforståelse eller fordi avgjørelsen er «åpenbart uforsvarlig eller urimelig» (tvl. § 29-3 tredje ledd). Dette utelukker anke i andre tilfeller på grunnlag av uriktig subsumpsjon, feil i vurderingen av faktiske forhold, saksbehandlingen eller hensiktsmessighetsskjønnet. I juridisk teori reiser Hov likevel spørsmål om anke kan skje på grunnlag av feil i lovanvendelsen og saksbehandlingen. Forarbeidene legger uansett til grunn at graverende svikt i saksbehandlingen vil være dekket av alternativet «åpenbart uforsvarlig».

Det bør honoreres om kand. kort får frem forskjellen mellom de to kriteriene i § 29-3 annet og tredje ledd som åpner for overprøving av underinstansens skjønnsutøving. I straffesaker vil disse begrensningene i mange tilfeller bli fanget opp av unntaket i strpl. § 377 første ledd for avgjørelser som «etter sin art» er uangripelige. En kand. som er i stand til å få nærmere frem hvilke forskjeller den ulike reguleringen i tvl. og strpl. kan gi, bør honoreres godt for det.

#### d) Begrensninger ved sakens fremdrift

Både i sivile saker og straffesaker begrenser hovedforhandling og domsavsigelse adgangen til å anke kjennelser og beslutninger særskilt. Er saken avgjort, kan en kjennelse og beslutning om saksbehandlingen ikke i noe tilfelle påankes (tvl. § 29-2 annet ledd, strpl. § 377 første ledd, hvor dette kommer til uttrykk på forskjellig måte). Når hovedforhandling eller muntlig sluttbehandling blir innledet, blir adgangen til å anke over kjennelser og beslutninger begrenset, men det ligger nok en forskjell i at det bare er for sivile saker at begrensningen rammer avgjørelser truffet før hovedforhandlingen. I både sivile saker og straffesaker er hovedregelen at det ikke kan ankes over avgjørelser om saksbehandlingen som treffes under hovedforhandlingen, jf. tvl. § 29-2 tredje ledd og strpl. § 378 innledningsvis, hvor dette kommer til uttrykk på forskjellig måte. Også unntakene er til dels ulike: Strpl. § 378 nr. 1 og 3 svarer (iallfall i det vesentlige) til tvl. § 29-2 fjerde ledd, mens unntakene i strpl. § 378 nr. 2, 4 og 5 i alt vesentlig gjelder spørsmål som er særegne for straffesaker.

#### e) Bortfall av ankeadgangen

Ankeadgangen kan bortfalle med tiden av forskjellige grunner: *For det første* kan fremdriften i saken – innledning av hovedforhandling og domsavsigelse – medføre begrensninger, jf. ovenfor. *For det annet* gjelder det regler om ankefrist. Ankefristen er forskjellig i sivile saker og straffesaker, jf. tvl. § 29-5 og strpl. § 379: Utgangspunktet er en lengre ankefrist i sivile saker enn i straffesaker (en måned mot to uker). Også der det gjelder kortere ankefrist, er det forskjeller (straks eller tre dager i straffesaker, straks eller en uke om underinstansen bestemmer det i sivile saker – strpl. § 379 annet ledd og tvl. § 29-5 annet og tredje ledd). *For det tredje* gjør det alminnelige krav om rettslig interesse at ankeadgangen kan falle bort pga. manglende aktuell interesse, f.eks. hvis avgjørelsen er omgjort. Dette gjelder både i sivile saker og straffesaker, men situasjonene kan være forskjellige.

#### f) Hvem kan anke?

Kand. bør også ta opp *hvem* som kan anke en kjennelse eller beslutning, selv om det er nærliggende å gjøre det ganske kort. For sivile saker er dette regulert i tvl. § 29-8, for straffesaker i strpl. § 377 («enhver som avgjørelsen rammer»), som medfører den samme hovedregelen. I tillegg gjelder det i straffesaker en særregel om at påtalemyndigheten kan anke til gunst for siktede (strpl. § 379 annet ledd jf. § 309). Det er også forskjellige regler om adgangen til anke etter partens død (strpl. § 377 jf. § 308 sammenlignet med ordningen etter tvl. § 16-16 første ledd bokstav b).

#### g) Særlig om anke til Høyesterett

For anke til Høyesterett gjelder særskilte begrensninger, som for en stor del er felles for sivile saker og straffesaker. Disposisjonsmessig er det nok enklest å ta disse særreglene til slutt i besvarelsen, men de kan også plasseres i tilknytning til de øvrige saklige begrensningene i ankeadgangen. Uansett må det gå klart frem at de forannevnte reglene også gjelder for anke til Høyesterett. For straffesaker følger dette implisitt av at loven har et felles kapittel for anke til lagmannsretten og til Høyesterett, mens det for sivile saker er sagt uttrykkelig i tvl. § 30-3 første ledd.

I sivile saker har Høyesteretts ankeutvalg ved enstemmighet en generell adgang til å nekte anken fremmet etter tvl. § 30-5. En lignende regel i straffesaker gjelder bare for videre anke, jf. strpl. § 388 annet ledd.

Hovedregelen er at det ikke gjelder noen rett til videre anke – altså anke over lagmannsrettens avgjørelse av en anke over en kjennelse eller beslutning (tvl. § 30-6, strpl. § 388 første ledd). En slik ankerett er det bare i de fire grupper av tilfeller som de to bestemmelsene nevner, og som i alt vesentlig er sammenfallende. Det er grunn til å utdype ankeadgangen når det gjelder lovanvendelsen, som er kommet til uttrykk på forskjellig måte i de to lovene, og ikke omfatter den konkrete subsumpsjonen. Kand. bør honoreres for å tilføye at når det gjelder anvendelsen av bestemmelser i inkorporerte menneskerettskonvensjoner, kan ankeinstansen prøve både den generelle forståelsen og den konkrete subsumpsjonen.

#### 4 *Avsluttende synspunkter*

Oppgaven må regnes som krevende. Det viktigste for kand. vil være evnen til å forholde seg til lovtekst. Lesning av hovedlitteraturen vil gi kand. en god bakgrunnsforståelse, men trenger ikke være så avgjørende for besvarelsen som ved teorioppgaver flest.

Etter min mening bør det legges vekt på at kand. forankrer sine utsagn med konkrete henvisninger til de aktuelle bestemmelsene. Det er viktig å vise at ulikheter i lovtekstene kan innebære ulikheter i rettstilstanden mellom sivilprosessen og straffeprosessen, men at det ikke alltid er tilfellet. Man kan ikke vente at kand. reflekterer nærmere om ulik utforming for lik rettstilstand kan være uheldig, men skjer det ut over det helt sjablonmessige, bør det honoreres.

Oppgaven ble gitt som én av to oppgaver ved en sekstimers eksamensdag og anslått til å ta ca. 2/3 av eksamenstiden. Eksamenssituasjonen ble spesiell, da det på eksamensdagen – etter at kandidatene hadde tatt plass – viste seg at eksamen av tekniske grunner ikke lot seg gjennomføre digitalt som planlagt. De kandidater som ikke umiddelbart foretrakk en utsatt prøve, fikk i stedet levere oppgavesvarene med bruk av penn og papir. Det kan ikke utelukkes at dette kan ha gitt enkelte dårligere tid under eksamen, og det bør derfor vises større forsiktighet enn ellers ved å trekke for stoff som ikke er blitt behandlet i besvarelsen.

Denne sensorveiledningen er skrevet uten å ha lest noen besvarelser, men avsnittet ovenfor er tilføyd etter sensormøtet.

Oslo, 7. oktober 2014/5. januar 2015.

Inge Lorange Backer