

SENSORVEILEDNING JUS 4211 UTSATT H 2014 – EN SAMMENLIGNENDE FREMSTILLING AV BEGRENSNINGENE I RETTEN TIL Å ANKE DOMMER I SIVILE SAKER OG STRAFFESAKER

1 *Læringsmål og litteratur*

Etter læringsmålene skal studentene i sivilprosess ha «god forståelse av ... overprøving av rettsavgjørelser», og i straffeprosess «god forståelse av ... prinsippet om overprøving» slik dette sikrer en «rettferdig rettergang («fair trial») etter EMK art 6» (den sist nevnte delen av læringsmålet i straffeprosess kan ikke tas på ordet, siden EMK art.6 ikke innebærer noen rett til å anke). I begge fag må begrensningene i ankeretten regnes som et sentralt spørsmål i læren om rettsmidlene.

I den oppgitte hovedlitteraturen er spørsmålene behandlet under ett for sivile saker og straffesaker i Hov: Innføring i prosess (Oslo 2010) s. 900, 905-11, 918-21 og 952-58 (jf. Rettergang II (Oslo 2009) særlig kap. 62.3-4, 62.6 og 62.14.2) Robberstad: Sivilprosess (2. utg., Oslo 2013) behandler spørsmålene for sivilprosessen særlig på s. 274, 302-03, 312 og 318-19 og Andenæs: Norsk straffeprosess (4. utg v/Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009) behandler dem for straffeprosessen særlig på s. 479-83 og 542-47.

Studenter som leser Hovs fremstilling, kan i denne oppgaven tenkes å ha en viss fordel av at Hov behandler sivilprosessens og straffeprosessens regler parallelt. Men fordi det relevante stoffet hos Hov er fordelt på forskjellige underkapitler, blir fordelene nokså begrenset. I sivilprosess har Robberstads fremstilling fordelene av å være mer oppdatert med ny rettspraksis og lovendringer. Hverken Hov eller Andenæs/Myhrer er à jour med lovendringer og rettspraksis om saksbehandlingsreglene for spørsmål om begrensninger i ankeretten får anvendelse i en sak.

I tilleggslitteraturen kan særlig vises til Skoghøy: Tvisteløsning (2. utg., Oslo 2014) s. 1100-1129. Noen studenter kan ha bygd studiet av sivilprosess på Skoghøys bok i stedet for Hov eller Robberstad. Av annen litteratur, som ikke er oppført i listen over tilleggslitteratur, nevner jeg Skoghøy: Anketillatelse til Norges Høyesterett, i Festskrift till Lars Heuman (Stockholm 2008) s. 479-500 og Arnfinn Bårdsen: Anketillatelse til Norges Høyesterett, Lov og Rett 2014 s. 529-49.

2 *Generelle merknader om opplegg og avgrensning av besvarelsen*

Oppgaven ber uttrykkelig om en *sammenlignende fremstilling*. Et oppgavesvar som behandler alle spørsmålene for sivile saker før det går inn på straffesakene (eller omvendt), er derfor ikke svar på sammenligningsutfordringen. Sammenligningen kan likevel gjøres mer eller mindre konsekvent. I utgangspunktet bør det premieres jo mer gjennomført sammenligningen er.

Oppgaven gjelder begrensningene i ankeretten for *dommer*. Det er derfor ingen grunn til å ta opp adgangen til å anke kjennelser eller andre avgjørelser (f.eks. skjønn). Kandidatene skal ta for gitt at det er avsagt en dom. Det er ikke grunn til å ta opp hvilke avgjørelser som skal treffes ved dom. Det er heller ikke grunn til å ta opp situasjonen der avgjørelsen med urette er truffet ved dom.

Siden oppgaven gjelder *begrensningene i ankeretten*, skal ikke behandlingen av en anke eller utfallet av ankesaken tas opp. Både ubetingete begrensninger, krav om anketillatelse og regler om ankesiling i snever forstand skal behandles. Det er også naturlig å ta med hvordan saksbehandlingen skjer når begrensningene blir anvendt (altså saksbehandlingen i avsilingsspørsmålet). Det bør nok anses som en mangel om en kand. lar dette ligge og konsentrerer seg helt om innholdet i begrensningene, men hvilken betydning dette får for karaktersettingen, kan bero på hvor godt og utførlig kand. skriver om det som vedkommende tar opp.

Hva oppgaven sikter til med «begrensningene», er ikke helt klart. Skal f.eks. reglene om ankefrist behandles? Det samme spørsmålet kan stilles når det gjelder rettslig interesse i anke, herunder hvem som kan anke. Tas det siste med, vil en konsekvent gjennomføring tilsi at strpl. § 307 om påtalemyndighetens adgang til å anke til gunst for domfelte, som ikke har noen parallell i sivilprosessen, tas med. Det bør neppe trekkes for den som lar disse spørsmålene ligge, men gis et ekstra pluss for den som behandler dem på en god måte uten at det går ut over behandlingen av oppgavens sentrale spørsmål. Spørsmålene om rett til anke etter avkall og om rett til avledet anke må regnes som perifere, som kand. like godt kan la ligge.

Innledningsvis kan det være naturlig å peke på at instansordningen kan sies å innebære et slags utgangspunkt om en ankerett – iallfall i én omgang (tv. § 29-2 (1) jf. § 29-3 (1) og strpl. § 306). Ialffall kan det sies å være en hovedregel om at tingrettens dom kan ankes til lagmannsretten. For anke over lagmannsrettens dom til Høyesterett blir dette et nokså formelt utgangspunkt. Det kan innledningsvis også pekes på at menneskerettslige forpliktelser sikrer en ankerett over fellende dommer i straffesaker i én omgang (EMK protokoll 7 art. 2 og SP art. 14 nr. 5, den første bare når det gjelder skyldsspørsmålet, og ikke i saker av mindre betydning eller når tiltalte er domfelt i annen instans etter frifinnelse i førsteinstansen, og begge konvensjoner åpner for begrensninger i ankegrunnene).

Noen kan finne det naturlig å gi en kortfattet generell oversikt i innledningen over hva slags begrensninger det kan være tale om (f.eks. ankegrunner, ankesum, ankens utsikt til å vinne frem osv.) Men dette er ikke nødvendig – det vil uansett komme klart frem i en velstrukturert besvarelse.

Begrensningene stiller seg nokså forskjellig ved anke til lagmannsretten og ved anke til Høyesterett. Dette henger sammen med at de to instansene har forskjellige funksjoner, noe kand. bør få frem. Det gjør det naturlig å dele oppgavesvaret i to hovedavsnitt – for henholdsvis anke til lagmannsretten og anke til Høyesterett. En slik disposisjon vil nok også falle lettest for kand., siden oppgaven i stor grad dreier seg om å sammenligne regler i sivil- og straffeprosessen der lovstedene skiller mellom anke til lagmannsretten og til Høyesterett.

En generell begrensning ligger imidlertid i at prosessledende avgjørelser som ikke kan angripes særskilt, heller ikke kan brukes som grunnlag for en anke over dommen. I straffesaker følger dette av strpl. § 315 (1). I sivile saker er spørsmålet mer uklart. Den samme løsningen kan bygges på en innskrenkende tolking av tv. § 29-3 (1) basert på en analogi fra tv. § 29-3 (2) og (3), i tråd med tidligere rett, eller direkte på de sist nevnte bestemmelsene (jf. Hov: Rettergang II s. 1308/Innføring i prosess s. 905-06). Skoghøy: Tvisteløsning s. 1129 antar derimot – i tråd med proposisjonen – at det bare er prosessledende kjennelser (til forskjell fra beslutninger) som ikke kan brukes som grunnlag for anke. Så vidt jeg kan se, er spørsmålet ikke behandlet hos Robberstad.

Det kan tenkes at en kand. tar opp såkalt «begrenset anke» i straffesaker (dvs. en anke som ikke gjelder bevisvurderingen ved skyldspørsmålet). Her er det imidlertid ikke tale om en begrensning i ankeretten, men en begrensning som den ankende selv pålegger seg. Dette faller derfor utenfor oppgaven.

3 Begrensninger i retten til anke til lagmannsrett

Oppgavesvaret kan med fordel disponeres etter de forskjellige typer begrensninger. Disposisjonen kan knyttes til begrepene ankesiling og anketillatelse (i Skoghøys terminologi), eller til innholdet i begrensningene, slik det skisseres nedenfor.

Én type begrensning gjelder det som kan kalles «mindre viktige saker». Denne begrensningen er forskjellig utformet for sivile saker og straffesaker. For sivile saker har tvl. § 29-13 (1) regler om ankesum, dvs. krav til ankegjensstandens verdi i saker om formuesverdier (<kr. 125 000). For straffesaker gjelder begrensningen etter strpl. § 323 (1) saker om bot, inndragning eller tap av førerett, dvs. hvor tingretten har frifunnet eller bare idømt en slik reaksjon, samtidig som påtalemyndigheten ikke har påstått noen strengere straff. Kand. kan med fordel få frem hva som er felles og hva som er forskjellig ved begrensningene i sivile saker og straffesaker, mens det er mindre viktig å gå grundig til verks i detaljtolkingen av særlige vilkår for den enkelte prosessformen. Det kan nok ses som et fellestrekk at vilkåret i begge prosessformer knytter seg til domsresultatet i tingretten. I straffesaker er dette – sammen med påtalemyndighetens påstand for tingretten – uttrykk for sakens karakter, mens det i sivile saker derimot er utgangspunktet for å vurdere den endring som ankeparten ønsker. Man kan dermed si at det avgjørende i straffeprosessen er sakens karakter, men i sivile saker om formuesverdier endringens (ankegjensstandens) omfang. Straffeprosesslovens begrensning gjelder ikke for foretaksstraff, mens tvistelovens gjelder like godt når en juridisk person er ankepart.

Kand. bør få pluss for å drøfte hvordan begrensningvilkåret skal anvendes i ankesaker som gjelder flere krav eller straffbare handlinger.

For både sivile saker og straffesaker gjelder det at lagmannsretten kan samtykke i at anken fremmes, selv om den nevnte begrensningen får anvendelse. Kand. bør sammenligne de to lovenes vilkår for å gi samtykke og gjerne også lagmannsrettens skjønnsutøving.

Som nevnt under 2 bør kand. også drøfte saksbehandlingen når det skal avgjøres om begrensningen får anvendelse. Her må kand. få frem at reglene er de samme – avgjørelsen treffes som beslutning (tvl. §§ 19-1 (3) bokstav b og 29-13 (5) første punktum og strpl. § 321 (5) første punktum) som skal begrunnes når «særlige grunner» tilsier det (tvl. § 29-13 (5) annet punktum og strpl. § 321 (5) annet punktum). En beslutning om å nekte samtykke må være enstemmig i straffesaker (strpl. § 321 (4)), mens det i sivile saker ikke kreves enstemmighet for å anvende denne begrensningen (se f.eks. tvl. § 29-13 (5) tredje punktum forutsetningsvis).

En særregel for sivile saker er at kravet om ankesum kan anvendes også under ankeforhandlingen (tvl. § 29-13 (3)), noe som bl.a. kan ha betydning for ankegjensstander med fluktuerende verdier. Kand. kan med fordel få frem hvorfor problemstillingen ikke er aktuell i straffesaker, slik at strpl. mangler en tilsvarende regel.

Den andre begrensningen gjelder de klart uholdbare anker. I både sivile saker og straffesaker kan lagmannsretten nekte anken fremmet når den «finner det klart at anken ikke vil føre frem» (tvl. § 29-13 (2) og strpl. § 321 (2)). Mens dette gjelder generelt for sivile saker, gjelder det ikke for alvorlige straffesaker som kan medføre fengsel over 6 år (strpl. § 321 (3)). Men uansett kan en anke fra påtalemyndigheten som ikke er til gunst for siktede, nektes fremmet etter strpl. § 321 (2) annet punktum. Dette er i realiteten en regel om mindre viktige ankesaker, men er til forskjell fra den alminnelige begrensningen for mindre viktige saker som er omtalt ovenfor, ikke konstruert som et krav om positivt samtykke. Dette – og at saksbehandlingsreglene er de samme som for klart uholdbare straffeanker – gjør det disposisjonsmessig mest naturlig å behandle den sammen med de klart uholdbare ankene, men en kand. bør eventuelt få et pluss for å se parallellen med den først nevnte begrensningen.

Vilkåret om at anken må være klart uholdbar, innebærer en begrenset realitetsprøving av anken. Grunnlaget for realitetsprøvingen vil i straffesaker normalt bare være tingrettens dom og anken, i sivile saker også anketilsvaret, som normalt vil foreligge når ankesaken blir oversendt til lagmannsretten (tvl. §§ 29-10 og 29-11). Det er vanskelig å presisere lovens vilkår.

Begrensningen for klart uholdbare anker blir gjort gjeldende i den enkelte sak bare når retten treffer en avgjørelse om å nekte anken fremmet. Også en slik avgjørelse treffes ved beslutning, som må være enstemmig og begrunnes (tvl. § 29-13 (5) tredje punktum og strpl. § 321 (4) og (5) tredje punktum). Tvisteloven har en uttrykkelig regel om at parten må varsles særskilt om mulig siling (tvl. § 29-13 (4)) som strpl. mangler. Kravet om begrunnelse er for straffesaker en følge at SP art. 14 nr. 5 og FNs menneskerettskomité's uttalelse i restauratørsaken, jf. Rt 2008 s. 1764 S (inntatt i domssamlingen som er tillatt hjelpemiddel ved eksamen), som av Høyesterett ble videreført for sivile saker i Rt. 2009 s. 1118 S og lovfestet i 2010 i samsvar med dette. En kand. som ser dette i sammenheng med omfanget av avsilinger bør få et pluss for dette.

Reelt sett ligger det en *tredje begrensning* i at en avgjørelse av en særskilt anke over en kjennelse eller beslutning truffet av underinstansen, kan være bindende for ankeinstansen ved en senere anke over dommen. Å begrunne en anke over dommen med en saksbehandlingsfeil som en ankeinstans allerede har stilling til, vil i så fall ikke kunne føre frem. Anken blir i så fall klart uholdbar, jf. ovenfor. Dette kan ha betydning for en anke til lagmannsretten hvis det aktuelle saksbehandlingsspørsmålet allerede har vært vurdert av Høyesterett, jf. tvl. § 19-10 (3) og strpl. § 315 (3) annet punktum. At det har vært en særskilt anke bare til lagmannsretten over en kjennelse eller beslutning i saken, er derimot ikke til hinder for at det samme spørsmålet blir brukt som ankegrunn (tvl. § 19-10 (2) og strpl. § 315 (3) første punktum), men rent faktisk kan det gjøre at anken (i allfall for så vidt) blir ansett klart uholdbar. – Disse spørsmålene kan det ikke ventes at kand. tar opp.

Kravet om samtykke til anke i saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren (tvl. § 36-10 (3)) kan det ikke forutsettes at kand. kjenner til (men det er fremhevet i Skoghøys fremstilling).

4 *Begrensninger i anke til Høyesterett*

Grl. § 88 tar tilsynelatende som utgangspunkt at enhver har rett til å anke sin sak til topps, til Høyesterett – historisk i tråd med muligheten for appell til Kongen i København. Men Grl. §

88 åpner samtidig for begrensninger i denne ankeretten. De gjeldende begrensninger må ses i lys av Høyesteretts funksjon som prejudikatsinstans og når det gjelder bevisvurderingen. I både sivile saker og straffesaker gjør dette at det nå stilles et generelt krav om samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg til anke til Høyesterett. Oppgaven inviterer ikke til å gå inn i de historiske diskusjoner om Høyesteretts kompetanse i tilknytning til strpl. 1887 og tvistemålsloven 1915.

I straffesaker gjelder det noen særskilte begrensninger som henger sammen med juryordningen og Høyesteretts rolle. Det kan ikke ankes til Høyesterett over bevisvurderingen ved skyldspørsmålet (strpl. § 306 (2)). I alvorlige straffesaker som er behandlet med lagrette (strpl. §§ 352 og 353), kan påtalemyndigheten til skade for tiltalte heller ikke anke over lovanvendelsen ved skyldspørsmålet uten at det bygges på feil ved den protokollerte rettsbelæringen (strpl. § 306 (3)). I sivile ankesaker gjelder det ingen slike begrensninger, noe som fremgår av tvl. § 30-3 jf. § 29-3 (1). Men begrensningene i direkte bevisføring for Høyesterett etter tvl. § 30-11 (1) gjør at en anke over bevisvurderingen lettere vil bli nektet samtykke etter tvl. § 30-4.

Det generelle kravet om samtykke til anke til Høyesterett følger av tvl. § 30-4 og strpl. § 323 (1). Kand. må peke på at de lovfestede vilkårene for samtykke er felles og drøfte om de skal praktiseres noe forskjellig. Kand. bør videre få frem den praktiske betydning som kravet om samtykke har.

Kand. må også peke på særregelen i straffesaker for anker der domsutfallet i tingretten og lagmannsretten er forskjellig: Ved en fellende straffedom i lagmannsretten etter frifinning i tingretten kan samtykke til anke bare nektes for klart uholdbare anker (strpl. § 323 (1) tredje punktum, som henger sammen med kravene etter SP art. 14 nr. 5). Hvorvidt sprikende domsutfall i underinstansene øker sannsynligheten for samtykke, er usikkert, men avhenger nok snarere av en ankeutvalgets foreløpige rettslige bedømmelse av argumentasjonen.

Muligheten for delvis samtykke («tilskjæring») spiller en viktig rolle i praksis og bør omtales.

Kand. bør også her omtale reglene for saksbehandlingen, særlig avgjøringsform, krav til enstemmighet og krav til begrunnelse. Det er særlig grunn til å peke på det særlige krav til begrunnelse som etter praksis stilles i straffesaker når samtykke nektes ved domfelling i lagmannsretten etter frifinning i tingretten.

5 Avsluttende synspunkter

Oppgaven er av samme type som den som ble gitt til ordinær eksamen, men er kanskje noe mindre krevende, siden anke over dommer kan fremstå som mer sentralt og håndgripelig enn anke over kjennelser og beslutninger.

Det viktigste for kand. er evnen til å forholde seg til lovtekst. Lesning av hovedlitteraturen vil gi kand. en bakgrunnsforståelse, men trenger ikke bli så avgjørende for besvarelsen som ved teorioppgaver flest. Det relevante stoffet er fremstilt nokså spredt i hovedlitteraturen i sivilprosess, men mer samlet i Skoghøys fremstilling og i Andenæs/Myhrers fremstilling av straffeprosessen.

Etter min mening bør det legges vekt på at kand. foretar en reell sammenligning mellom reglene i sivil- og straffeprosessen og forankrer sine utsagn med konkrete henvisninger til de aktuelle bestemmelsene. Det er viktig å vise hvor det er felles eller ulik regulering av samme spørsmål i de to lovene, men at ulikheter i lovtekstene ikke trenger å innebære ulikheter i rettstilstanden mellom sivilprosessen og straffeprosessen. Man kan ikke forlange at kand. reflekterer nærmere over om ulik utforming for lik rettstilstand kan være uheldig, eller om reelle ulikheter i rettstilstanden har gode grunner for seg. Hov er opptatt av dette i sin fremstilling, og hvis kand. gjør seg slike refleksjoner ut over det rent sjablonmessige, er det grunn til å honorere det.

Denne sensorveiledningen er skrevet uten å ha lest noen besvarelser.

Oslo, 7, januar 2015.

Inge Lorange Backer