

Dommerforeningens utvalg for strafferett og straffeprosess

Justis- og beredskapsdepartementet

Sivilavdelingen

postmottak@jd.dep.no

Deres referanse

Vår referanse

Dato

10/10885 - EDE

1. februar 2013

Høring om rapport om etterkontroll av Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker

Vi viser til departementets høringsbrev av 22. oktober 2012 med høringsfrist 1. februar 2013.

Dommerforeningen ved Utvalget for strafferett og straffeprosess avgir uttalelse i saken. Utvalget består av lagmann Torolv Groseth, sorenskriver Stein Husby, lagdommer Jon Atle Njøsén, lagdommer Jarle Smørðal og lagdommer Arne K. Uggerud foruten undertegnede, førstelagmann Dag Bugge Nordén, som innsender uttalelsen på vegne av utvalget etter at den er godkjent av utvalgets øvrige medlemmer. Uttalelsen sendes elektronisk.

Rammen for uttalelsen

Vi har merket oss at departementet i mandatet til arbeidsgruppen har uttalt at utgangspunktet for arbeidsgruppens etterkontroll er at Justisdepartementet finner dagens modell med en selvstendig kommisjon tilfredsstillende, og at hovedtrekkene ved dagens ordning skal bestå, se rapporten side 6. Denne forutsetningen er lagt til grunn av arbeidsgruppen (side 95) og er gjentatt i høringsbrevet.

Vi holder oss innenfor den ramme som her er satt for høringsuttalelsen og tar derfor ikke opp mer overordnede prinsipielle spørsmål om valg av modell som har vært sterkt omdiskutert før opprettelsen av kommisjonen i 2004. Vi viser til at arbeidsgruppen har redegjort kort for forhistorien i rapporten punkt 2. Uten at det har betydning for innholdet nevner vi at arbeidsgruppen i punkt 2.1 side 16 omtaler straffeprosessloven av 1. juli 1887 nr. 5 som straffeprosessloven av 1886.

Vi innskrenker oss innledningsvis til å bemerke at når man først valgte forvaltningsmodellen, har vi inntrykk av at kommisjonen i det store og hele har fungert godt og i samsvar med formålet. Vi ser derfor ikke behov for vesentlige endringer i dagens ordning med hensyn til kommisjonens sammensetning, organisasjon eller saksbehandling og går ikke nærmere inn på slike spørsmål.

Det viktigste temaet som tas opp i rapporten er etter vår oppfatning spørsmålet om overprøving av kommisjonens avgjørelser. Vi konsentrerer oss om dette etter først å ha kommentert et terminologisk spørsmål som er tatt opp i rapporten.

Terminologi: "gjenåpning" og "gjenopptakelse"

Arbeidsgruppen tar i punkt 1.6 på side 14 og 15 opp til diskusjon spørsmålet om navnet på kommisjonen og i den forbindelse også betegnelsen på rettsmidlet. Argumentasjonen her er etter vår oppfatning lite overbevisende og preget av medlemmenes tydelige motvilje mot "gjenåpning".

Etter vår erfaring har "gjenåpning", som erstattet "gjenopptakelse" både i sivilprosessen og straffeprosessen da tvistelovreformen trådte i kraft 1. januar 2008, raskt blitt akseptert og etablert som betegnelse på rettsmidlet i sivile saker. Arbeidsgruppen har nok rett i "gjenåpning" derimot fortsatt er utbredt i strafferettsmiljøet. Vi er imidlertid uenige med arbeidsgruppen i at man av den grunn bør ta opp til vurdering å gå tilbake til betegnelsen "gjenopptakelse" i straffeprosessen, og vi er uenige i arbeidsgruppens synspunkt om at "koblingen til tvisteloven ikke er et tilstrekkelig tungt argument for å presse inn en betegnelse mot strafferettsmiljøets ønske og praktisering".

Vi finner det klart at det fellesprosessuelle rettsmidlet mot rettskraftige dommer med samme funksjon i sivile saker som i straffesaker bør ha samme betegnelse, og at det i så fall ikke bør være noe aktuelt tema verken å gjenåpne eller gjenoppta denne diskusjonen. Vi viser til den grundige vurderingen som fant sted i forbindelse med tvistelovreformen og det bevisste valg lovgiveren tok da. Også den gang var tunge høringsinstanser som Riksadvokaten og Gjenopptakelseskommisjonen selv mot endringen uten at innvendingene ble funnet tilstrekkelig tungtveiende, se særlig Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) side 33 og 34 om harmoniseringen med straffeprosessloven og henvisninger til øvrige forarbeider.

Derimot mener vi at erfaringen har vist at det ikke var et heldig grep å la "gjenopptakelse" leve videre som navn på det organet som behandler begjæringer om gjenåpning i straffesaker, og viser til at Tvistemålsutvalget la til grunn at en navneendring ville være en naturlig konsekvens, jf. NOU 2001:32 Bind A side 642 og 643. Det er all grunn til å tro at videreføringen av den eldre terminologi er hovedårsaken til at den lever videre nettopp i straffesaker. At arbeidsgruppen kan konstatere at "Gjenåpningskommisjonen" sjelden blir benyttet i Google-søk, er jo ikke så rart når organet heter Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker med kortformen Gjenopptakelseskommisjonen. Vi er enige med arbeidsgruppen i

at det er uheldig med den språklige inkonsekvens som benyttes nå, men trekker i motsetning til arbeidsgruppen den slutning at det er kommisjonen som bør endre navn.

Overprøving av kommisjonens avgjørelser

Forvaltningsmodellen som utgangspunkt

Når man legger til grunn som premiss at kommisjonen skal være et forvaltningsorgan, finner vi som arbeidsgruppen at overprøving av kommisjonens vedtak, i den utstrekning det åpnes for overprøving, fortsatt bør skje ved sivilt søksmål om gyldigheten av vedtaket i samsvar med den etablerte ordningen for domstolsprøving av forvaltningsvedtak med de eventuelle tilpasninger man måtte finne ønskelig av hensyn til sakstypen, og ikke i et ankesystem etter straffeprosessloven. Å velge ankesystemet, ville gi kommisjonen preg av en særdomstol. Det bør man unngå. Det byr imidlertid på en del spesielle utfordringer at behandlingen av en begjæring om gjenåpning av en straffesak endrer prosessform fra straffeprosess til sivilprosess og tilbake til straffeprosess i de tre fasene av saksforløpet fra begjæring til gjenåpnet sak, og at staten, som den siktedes motpart, i disse fasene dels er representert ved påtalemyndigheten og dels ved Regjeringsadvokaten. Dessuten er det vanskelig å etablere et tilfredsstillende system for overprøving av kommisjonens vedtak om å gjenoppta en sak, i den utstrekning det overhodet åpnes adgang til å overprøving av vedtak om gjenåpning til gunst for siktede. Disse komplikasjonene hadde man enkelt unngått innenfor en ren domstolsmodell med behandling av begjæringen ved sideordnet domstol som i sivile saker.

Sivilprosessuell gyldighetsprøving bør være utgangspunktet for alle vedtak av kommisjonen som skal kunne overprøves, men problemstillingene som oppstår kan være noe forskjellige for avgjørelser som avslutter behandlingen av begjæringen på den ene side, og på den annen side ulike formalitetsavgjørelser om saksbehandlingen eller avgjørelsen av bikrav som salærfastsettelse.

Overprøving etter krav fra domfelte

Påtalemyndighetens adgang til eventuelt å få overprøvd vedtak om å gjenåpne en sak reiser særskilt spørsmål som behandles senere.

Domfeltes begjæring om gjenåpning kan bli avsluttet av formelle grunner ved at begjæringen blir avvist, eller etter en realitetsvurdering. Hittil har diskusjonen om temaet vært konsentrert om overprøving av realitetsavgjørelser, og vi behandler først disse.

Vi er enige med arbeidsgruppen i at domstolenes prøvingsrett bør være begrenset i samsvar med Høyesteretts enstemmige prinsippavgjørelse i storkammer i Rt. 2012 side 519, og viser spesielt til avsnitt 74 til 77. Vi ser derfor ikke behov for å endre det som ved dommen ble etablert som gjeldende rett.

I saker om gjenåpning i medhold av straffeprosessloven § 391 nr. 3 eller § 392 annet ledd, bør domstolene kunne prøve kommisjonens generelle lovtolkning. Dette bør være kjernen i overprøvingen.

Derimot bør domstolene ikke kunne prøve kommisjonens bevisvurdering og konkrete subsumsjon. Denne begrensningen er en naturlig følge av hensynet til distanse mellom kommisjonen og domstolene ved overprøvingen av domstolenes avgjørelse av straffesaken. Slike vilkårene for gjenåpning er utformet, er det i praksis vanskelig å skille mellom bevisvurdering og konkret anvendelse av lovens vilkår. Det er viktig å unngå å åpne for en omkamp om bevisvurderingen.

Vi finner som Høyesterett at domstolene også av rettssikkerhetshensyn må kunne prøve om kommisjonen har fulgt grunnleggende saksbehandlingsregler, men at prøvingen må være begrenset til å slå ned på grove og åpenbare feil.

Den ramme som er trukket opp for overprøvingen i storkammerdommen, er etter vårt syn uttrykk for en hensiktsmessig avveining mellom hensynet til domfeltes rettssikkerhet og kommisjonens selvstendighet.

I motsetning til arbeidsgruppen mener vi at disse viktige reglene om domstolenes kompetanse ved gyldighetsprøvingen av kommisjonens vedtak bør komme direkte til uttrykk i lovteksten i § 395. Det er ut fra et informasjonshensyn lite tilfredsstillende og kan virke direkte misvisende at lovutkastet nøyer seg med å angi at "*[g]yldigheten av kommisjonens avgjørelser kan likevel prøves av domstolene etter reglene i tvisteloven*" når meningen er at prøvingsretten skal være vesentlig mer begrenset enn den som ellers gjelder ved domstolskontroll av forvaltningsvedtak.

Vi er videre enige med arbeidsgruppen i at de hensyn som begrunner begrensningene i prøvingskompetansen først og fremst gjelder gjenåpningsbegjæringer begrunnet i straffeprosessloven § 391 nr. 3 og § 392 annet ledd samt § 390 og 391 nr. 1. Avgjørelser om gjenåpning etter straffeprosessloven § 392 første ledd og § 391 nr. 2 bør derimot domstolene kunne prøve fullt ut.

Spørsmålet om adgangen til overprøving av vedtak om avvisning av en begjæring om gjenåpning, kan vi ikke se at arbeidsgruppen har drøftet, og det har vært lite oppmerksomhet om dette spørsmålet. Dette vil være avgjørelser som innebærer at domfelte av formelle grunner ikke får behandlet sin begjæring i realiteten. Det er mye som kan tale for at gyldigheten av slike avgjørelser bør kunne overprøves uten de begrensninger som er foreslått for realitetsvedtak om gjenåpning etter § 391nr. 3 og § 392 annet ledd.

Overprøvingsinstans

Vi er ikke enige i arbeidsgruppens forslag om at slike søksmål skal reises for lagmannsretten som første instans. Etter vårt syn ivaretas rettssikkerheten best i det ordinære domstolssystem hvor sakene starter i tingretten med adgang til å anke tingrettens dom til lagmannsretten og i

en viss grad også med ankeadgang videre til Høyesterett. Å fravike denne normalordningen krever tungtveiende hensyn og en god begrunnelse.

Vi finner arbeidsgruppens begrunnelse (på side 101 i rapporten) tynn og lite overbevisende. Gruppen peker på to momenter: for det første at "en enslig tingrettsdommer" vanskelig vil ha forutsetninger for å overprøve kommisjonens vurdering, og for det andre at lagmannsretten allerede er førsteinstans for søksmål om Trygderettens avgjørelser. Til det første bemerkes at vi ikke kan se at søksmål om kommisjonens avgjørelser, med den ramme som er forutsatt for overprøvingen, er mindre egnet eller vanskeligere enn mange av de sakene tingrettene allerede har. Også på dette punkt bør man med mindre tungtveiende grunner tilsier det, følge det normale spor for domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Overprøving direkte i lagmannsretten plasserer kommisjonen som kollegialt forvaltningsorgan på samme trinnhøyde som tingretten og forsterker med det preget av en særdomstol. Til det andre bemerkes at det nok er høyst diskutabelt om det var et vellykket grep å gjøre lagmannsretten til første instans ved søksmål om Trygderettens avgjørelser. Vi er kjent med at førstelagmennene har fremmet forslag om at denne særordningen skal opphøre. Ved overprøving av vedtak av kollegiale forvaltningsorganer som fylkesnemnda for sosiale saker og utlendingsnemnda, har man valgt å følge normalordningen med overprøving i tingretten i første instans.

Etter vår oppfatning bør søksmål om kommisjonens avgjørelser reises for tingretten.

Overprøving av avgjørelser om saksbehandlingen

Vi er enige med arbeidsgruppen i at overprøving av avgjørelser om saksbehandlingen, i den utstrekning slike avgjørelser overhodet kan overprøves særskilt, bør skje ved sivilt søksmål etter samme mønster som ved overprøving av andre vedtak, se side 101. Vi forstår arbeidsgruppens forslag slik at man tar sikte på å videreføre gjeldende rett som det er redegjort for på side 96 til 97.

Arbeidsgruppen foreslår at kommisjonen selv skal avgjøre sin habilitet, men ha adgang til å forelegge spørsmålet for Borgarting lagmannsrett, jf. utkast § 396 tredje ledd. Arbeidsgruppen foreslår også at vedtak om å nekte dokumentinnsyn etter utkast § 398 fjerde ledd skal kunne bringes inn for Borgarting lagmannsrett til behandling etter reglene for anke over beslutninger og kjennelser.

Vi finner heller ikke for slike vedtak at det er tilstrekkelig grunn til å fravike den ordinære instansordning. Også ved avgjørelser under saksbehandlingen må utgangspunktet være at hvis et organ skal ha bistand fra domstolene, bør henvendelsen rettes til den ordinære førsteinstansen, dvs. tingretten.

Slik loven nå lyder, er Borgarting lagmannsrett førsteinstans etter straffeprosessloven § 398a annet ledd siste punktum ved pålegg fra kommisjonen om å forklare seg om noe som er underlagt lovbestemt taushetsplikt etter straffeprosessloven § 118. Vi tilrår at også denne

bestemmelsen endres som angitt ovenfor, slik at tingretten blir første instans ved domstolsbehandlingen.

Påtalemyndighetens adgang til overprøving av vedtak om gjenåpning

Domfeltes begjæring om gjenåpning behandles av kommisjonen ved en partsprosess med påtalemyndigheten som offentlig part i forlengelse av straffesaken. Under den tidligere ordning med domstolsbehandling fortsatte saken i dette sporet med samme adgang til å begjære overprøving (som den gang fant sted ved kjæremål) som siktede.

Denne prosessuelle likestilling har opphørt som følge av valget av forvaltningsmodellen. Når siktede reiser sivilt søksmål til overprøving av kommisjonens vedtak, er det staten ved Gjenopptakelseskommisjonen som er offentlig part med Regjeringsadvokaten som prosessfullmektig, se blant annet Rt. 2012 side 519. Man kan ikke godt tenke seg en prosess hvor staten ved påtalemyndigheten reiser sak mot staten ved Gjenopptakelseskommisjonen og hvor – for å sette det på spissen – Regjeringsadvokaten møter Riksadvokaten. Vi er heller ikke kjent med at spørsmålet har kommet på spissen ved at påtalemyndigheten i den gjenopptatte sak for domstolen har søkt å angripe kommisjonens vedtak ved å bestride adgangen til gjenåpning.

Arbeidsgruppen drøfter dette spørsmålet i rapporten på side 101 og i oppsummering på side 110. Arbeidsgruppen finner det ikke unaturlig i betraktning av påtalemyndighetens angivelig mer tilbaketrukne rolle på dette trinn, at påtalemyndigheten ikke får mulighet for å overprøve kommisjonens avgjørelser. Arbeidsgruppen finner imidlertid løsningen uheldig med tanke på kontroll med kommisjonens rettsanvendelse og peker på at dette blant annet innebærer at

kommisjonen med endelig virkning er gitt kompetanse til å avgjøre om norske domstoler har satt seg utover folkeretten (§ 391 nr. 2) og hvilken rekkevidde Høyesteretts prejudikater skal ha bakover i tid (§ 392 første ledd).

Vi er enige med arbeidsgruppen i at manglende adgang til overprøving av vedtak om gjenåpning kan være uheldig, men ikke bare av hensyn til kontrollen med kommisjonens rettsanvendelse. At en straffesak gjenåpnes, vil regelmessig være en stor belastning for fornærmede blant annet i saker om voldtekt, seksuelle overgrep mot barn eller andre alvorlige integritetskrenkelser eller for de etterlatte i en drapssak. Selv om man måtte være enig med arbeidsgruppen i at de fornærmedes prosessuelle rettigheter under behandlingen av begjæringen for kommisjonen er godt ivaretatt etter dagens regler om varsling, oppnevning av bistandsadvokat mv, har fornærmede ikke noen partsstilling og ingen mulighet for å få overprøvd kommisjonens vedtak om gjenåpning. Om påtalemyndigheten ikke skal kunne kreve vedtaket om gjenåpning overprøvd på noen måte, går dette derfor også utover fornærmede.

Vi antar at dette er en utilsiktet konsekvens av overgangen fra domstolsmodellen til forvaltningsmodellen.

Arbeidsgruppens forslag til løsning i rapporten på side 110 er at påtalemyndigheten skal kunne påstå den etterfølgende straffesaken avvist på det grunnlag at vilkårene for gjenåpning ikke var til stede. Man ser det slik at riktig lovanvendelse ved behandlingen av gjenåpningsbeslutningen vil utgjøre en prosessforutsetning for å behandle straffesaken på nytt.

Arbeidsgruppen er i sin drøftelse av problemstillingen på side 101 oppmerksom på motforestillingene mot at påtalemyndigheten med domstolens hjelp skal kunne sette til side et vedtak om gjenåpning, men finner det nødvendig at domstolene skal ha mulighetene for å korrigere en uriktig lovanvendelse. Som en mulig løsning nevnes her at domstolene skal kunne vurdere den generelle lovtolkningen, men ikke de øvrige sidene av avgjørelsen.

Noe overraskende mener arbeidsgruppen at denne løsningen kan gjennomføres uten lovendring, og at den med andre ord er gjeldende rett i dag. Til støtte for sitt standpunkt vises det til at avvisning grunnet manglende adgang til gjenåpning er forutsatt som en prosessforutsetning av domstolene i Rt. 2006 side 1563.

Etter vår oppfatning er arbeidsgruppens rettsoppfatning uholdbar. Avgjørelsen i Rt. 2006 side 1563 gjaldt påtalemyndighetens adgang til å ta opp igjen forfølgningen av en straffesak som var blitt henlagt på grunn av bevisets stilling. I medhold av straffeprosessloven § 74 første ledd første punktum kan dette skje "dersom det senere blir oppdaget bevis av vekt." Problemstillingen i saken for Høyesterett var om adgangen til å ta opp igjen forfølgningen strider mot forbudet mot gjentatt strafforfølgning i EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4, et spørsmål Høyesterett besvarte benektende. Selv om det vil medføre avvisning av saken at vilkårene for å gjenoppta strafforfølgningen ikke er oppfylt, er dette en vesentlig annen problemstilling. Det kan jo ikke med rimelighet være opp til påtalemyndigheten å avgjøre med endelig virkning at lovens vilkår for fortsette forfølgningen mot siktede er oppfylt, så dette må domstolene prøve.

Et vedtak av Gjenopptakelseskommissjonen om å gjenåpne en straffesak til gunst for siktede, kan det neppe ha vært lovgiverens mening at domstolene skal kunne overprøve som en prosessforutsetning for å fremme gjenåpningssaken på ny. En slik adgang ville stride mot formålet med å opprette kommisjonen som et uavhengig organ, og har så vidt vi kan se ingen støtte i lovens forarbeider. Det stiller seg helt annerledes med overprøving av et vedtak som nekter gjenåpning.

Om domstolene skulle kunne avvise å behandle gjenåpningssaken, måtte det eventuelt være på det grunnlag at kommisjonens vedtak lider av så grove feil at det må anses som en nullitet, dvs. at det er uten rettsvirkninger. Det er under normale forhold bare en rent teoretisk mulighet.

Om arbeidsgruppen skulle ha rett i at det etter gjeldende rett allerede *er* en prosessforutsetning at vilkårene for gjenåpning er oppfylt, er konsekvensen at domstolen må prøve dette spørsmålet av eget tiltak og uavhengig av partenes standpunkt til det. Domstolene må selv

avgjøre om prosessuelle vilkår for å fremme en sak til behandling er oppfylt, og foretar ved avgjørelsen den rettsanvendelse og bevisbedømmelse som er nødvendig. At prøvingen av kommisjonens vedtak under synsvinkelen prosessforutsetning etter gjeldende rett er begrenset til lovanvendelsen, bryter med prosessuelle grunnprinsipper nedfelt i generell form i domstoloven § 36 og vil kreve lovendring.

Vi konkluderer med at det vil kreve lovendring dersom domstolene til skade for siktede skal kunne overprøve kommisjonens vedtak om gjenåpning ved avgjørelsen om fremme av gjenåpningssaken. Hvorvidt det bør innføres en slik adgang, er et rettspolitisk spørsmål som stiller seg annerledes enn en adgang til domstolsprøving til gunst for siktede av kommisjonens avslag på begjæringen om gjenåpning. Vi har ikke hatt anledning til å drøfte dette spørsmålet videre i dybden og kan ikke se bort fra at det blant Dommerforeningens medlemmer kan være ulike oppfatninger om. Det virker imidlertid etter vår oppfatning nærliggende at en adgang for domstolene til å nekte å behandle en sak kommisjonen har besluttet gjenåpnet, vil bli ansett å bryte så fundamentalt med formålet med den modellen som er valgt, at et slikt forslag neppe vil få tilslutning. I så fall er manglende overprøvingadgang en konsekvens man må ta på kjøpet.

Vi går ikke her nærmere inn på de spørsmål som eventuelt kan melde seg dersom man innfører en ordning hvor kommisjonens vedtak i én retning overprøves ved gyldighetssøksmål etter sivilprosessens regler, mens vedtak i den annen retning overprøves i straffeprosessens former for avvisning av formelle grunner.

For Dommerforeningens utvalg for strafferett og straffeprosess

Dag Bugge Nordén