

Et bedre grunnlovsværn for rettsstaten

Notat til Domstolkommisjonen fra Den norske dommerforening

1. Hvorfor trenger vi et bedre vern?

Norge nyter godt av uavhengige domstoler, og det er intet i dagens politiske situasjon som truer deres uavhengige stilling. Grunnlovsværnet om denne uavhengigheten er imidlertid utilstrekkelig. Det er i gode tider at dette vernet må sikres. Når faren oppstår, er det i praksis for sent å gjøre noe med det.

Grunnloven sikrer i dag domstolenes uavhengighet ved pådømmelsen av den enkelte sak gjennom bestemmelsene i §§ 88 og 90 om at Høyesterett dømmer i siste instans, og om at Høyesteretts dommer ikke i noe tilfelle kan påankes. Paragraf 22 om at embetsmenn ikke kan avsettes uten etter dom og ikke forflyttes mot sin vilje, beskytter også dommerne. Videre fikk Grunnloven ved reformen i 2014 en ny § 95 som fastslår borgernes rett til å få sine saker avgjort av uavhengige og upartiske domstoler. Denne bestemmelsen er inspirert av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6, og Den europeiske menneskerettsdomstol har innfortolket en rekke krav til sikring av domstolenes uavhengighet i bestemmelsen.

Erfaringene i Europa de seneste år har imidlertid vist at slike bestemmelser i praksis ikke kan hindre en gradvis undergraving av domstolenes uavhengighet ved at folkevalgte organer utnytter den frihet det konstitusjonelle rammeverket gir, særlig med hensyn til dommerutnevninger. Erfaringene viser også at det raskt og uventet kan oppstå tilspissede politiske situasjoner der et demokratisk valgt flertall kan være villig til å sette seg ut over tradisjonelle ikke-rettslige normer til vern av rettsstat og demokrati.

Det er i dag ingen formelle barrierer mot at en norsk regjering med et simpelt stortingsflertall i ryggen endrer sammensetningen av det norske dommerkorpset radikalt for eksempel ved å

- øke antallet dommere ved sentrale domstoler, ikke minst Høyesterett,
- utnevne et stort antall nye antatt «vennligsinnede» dommere,
- «tvangspensjonere» en god del av de sittende dommerne gjennom en senkning av dommernes pensjonsalder – som så etter noen år eventuelt kan heves igjen.

Kort sagt er norske domstolers uavhengighet i dag dårligere sikret mot et folkevalgt flertalls vilje til å sette seg ut over tradisjonsbestemte normer enn det situasjonen er i dagens Polen.

Norge har videre et ansvar for å forsvare rettsstaten også internasjonalt, både av rent prinsipielle grunner og fordi dette bidrar til å styrke tryggheten for norske borgere og næringsliv i utlandet. I land uten den samme rettsstatstradisjon som Norge er de formelle strukturene til vern om rettsstaten av den største betydning. Vi kan ikke forvente å bli tatt alvorlig om vi anbefaler andre å ha et konstitusjonelt vern om rettsstaten som vi anser som unødvendig i vårt eget land.

2. Bygg på dagens system

Norske domstoler administreres i dag av en egen Domstoladministrasjon, som igjen ledes av et eget styre. Søkerne til dommerembeter vurderes av et eget Innstillingsråd, og i praksis følges innstillingene herfra. Når det en sjelden gang har vært gjort unntak, har det vært ut fra likestillingshensyn, og – hvilket er viktig – regjeringen har aldri benyttet sin rett til å gå utenfor listen over innstilte kandidater.

En grunnlovsfesting av sentrale elementer ved systemet slik det faktisk virker i dag, vil, med enkelte justeringer og tillegg, i praksis sikre det vernet vi trenger.

3. Dommerutnevnelser og forvaltning av domstolenes daglige drift

Dommerforeningen mener at Grunnloven bør få en bestemmelse om at dommere utpekes av et eget Domstolsråd. Grunnloven må også få regler som sikrer at et slikt råd alltid vil være uavhengig av de to øvrige statsmakter.

Man kan tenke seg at dommere likevel fortsatt formelt skal utnevnes av Kongen, men slik at utnevnelsen skal skje «i overensstemmelse med innstilling fra Domstolsrådet». Dommerutnevnelser vil da være rene ekspedisjonssaker for Kongen i statsråd, og statsrådene ville da heller ikke kunne gjøres konstitusjonelt ansvarlige for utnevnelsene.

Dagens formelle mulighet for regjeringen til å velge en annen kandidat til et dommerembete enn den som er innstilt fra Innstillingsrådet, er nettopp formelt begrunnet i statsrådenes konstitusjonelle ansvar – ansvaret betinger frihet til å velge. Det kan reises prinsipielle innvendinger mot en nyordning som innebærer at Kongen i statsråd blir et rent ekspedisjonsorgan for et annet organ. Det kan nok også rettes mer tradisjonsbestemte innvendinger mot en konstitusjonell nyordning der monarken – alternativt – skulle stå for den formelle utnevnelsen frikoblet fra statsrådsbehandling og som et rent ekspedisjonsorgan for et Domstolsråd. Den naturlige løsningen er i så fall å legge selve utnevnesmyndigheten direkte til et eget Domstolsråd. Dommerforeningen har ikke noen preferanse for hvilken modell man velger, med eller uten Kongen som formelt utnevneende organ, og har nedenfor skissert forslag til en grunnlovsbestemmelse som kan tilpasses begge løsninger.

Grunnlovsbestemmelsen om utnevneelse av «dommere» bør også omfatte jordskiftedommere, blant annet av hensyn til sammensetningen av Domstolsrådet. Dette behandles nærmere i punkt 4.

Den nye ordningen bør videre omfatte høyesterettsjustitiarius. Utnevneelse til landets øverste dommerembete bør like lite som andre dommerutnevnelser kunne «politiseres». Alternativet måtte være en egen grunnlovsbestemmelse om at høyesterettsjustitiarius velges av og blant Høyesteretts dommere.

Dommerforeningen går i denne sammenheng ikke nærmere inn på bruk av åremål for domstolsledere. Domstolsledere må i alle fall være utnevnt som dommere frem til pensjonsalder, som alle andre dommere – det kan bare være lederfunksjonen som er på åremål. Slike ordninger reiser dermed flere vanskelige konstitusjonelle og grunnlovstekniske spørsmål med hensyn til utnevnesmåte, også om utnevnesfunksjonen legges til et Domstolsråd.

Konstituerte dommere og dommerfullmektiger må også være omfattet, i den grad man skal fortsette å ha slike dommere. Dette er en naturlig konsekvens av den grunntanke som ligger bak nyordningen. I hvilken grad det bør være adgang til slik midlertidighet i dømmende stillinger, er et spørsmål som Dommerforeningen ikke går inn på i denne omgang.

Domstolsrådet bør videre lede forvaltningen av norske domstoler, inkludert kompetanseutvikling, slik styret for Domstoladministrasjonen gjør i dag.

Dette omfatter også å administrere en disiplinærordning for dommere. Det viktigste vernet mot å misbruke et disiplinærsystem, slik vi har sett tilløp til i andre land, ligger riktignok i Grunnlovens bestemmelser om at visse embetsmenn, blant annet dommere, bare kan avsettes ved dom og ikke

forflyttes mot sin vilje. Men også andre og mindre inngripende former for disiplinærtiltak kan brukes til å intimidere dommere som pådrar seg det politiske flertallets vrede.

Dommerforeningen ser for seg at Domstolsrådet vil erstatte styret i Domstoladministrasjonen, men at Domstoladministrasjonen ellers vil fortsette omtrent som i dag, med omtrent de samme oppgavene. Det er antagelig også praktisk at Domstolsrådet assisteres av et eget innstillingsråd i utnevningssaker, ettersom arbeidet her kan være nokså tidkrevende. For dommerfullmektiger og helt kortvarige konstitusjoner – i den grad man fortsatt skal ha slike ordninger – kan man tenke seg mindre kompliserte utvelgelsesprosedyrer, slik ordningen også er i dag. Disse ordningene, inkludert et innstillingsråd, behøver imidlertid ikke å fremgå av Grunnloven. Også den daglige forvaltning av disiplinærordningen bør kunne legges til en egen nemnd, slik systemet også er i dag, underordnet Domstolsrådet.

Dommerforeningens fagutvalg for menneskerettigheter og for etikk er i ferd med å se nærmere på ulike sider ved innstillingsprosessen og disiplinærordningen slik disse virker i dag. Dommerforeningen vil komme nærmere tilbake til dette.

4. Sammensetning og oppnevning av et Domstolsråd

Et flertall i Domstolsrådet må være dommere. Dette er den sentrale garantien mot at de andre statsmaktene kan gjennomtvinge politisk motiverte og raske endringer i sammensetningen av det norske dommerkorpsset, og mot politisk innblanding i den daglige administrasjonen av domstolene: Ettersom den norske dommerstanden i dag er uavhengig, vil et flertall av dommere i rådet sikre at uavhengigheten av de øvrige statsmakter opprettholdes også ved fremtidige utnevnelser.

Av samme grunn bør det fremgå av Grunnloven at Domstolsrådet bare er beslutningsdyktig dersom et flertall av de tilstedeværende er dommere.

Det kunne synes nærliggende å la høyesterettsjustitiarius være leder av rådet i embets medfør. Dette ville imidlertid gå sterkt utover justitiarius' mulighet, ved siden av de administrative oppgavene hun allerede har, til å delta i Høyesteretts dømmende virksomhet. Det er ikke ønskelig. Den naturlige løsningen da er at Domstolsrådet selv velger sin leder blant dommermedlemmene i rådet. En dommer som leder vil styrke rådets uavhengighet og bidra til å gi rådet legitimitet i dommerkorpsset.

I praksis vil oppgaven som styreleder antakelig være så arbeidskrevende at vedkommende må frikjøpes helt fra sin dommerstilling i funksjonsperioden. Også for andre medlemmer kan det i praksis bli aktuelt med helt eller delvis frikjøp.

Det kan tenkes flere måter å velge eller utpeke dommermedlemmene av rådet på. Flere internasjonale anbefalinger går ut på at det avholdes valg blant landets dommere på dommerrepresentantene i et domstolsråd. Dette er utvilsomt det alternativet som best sikrer domstolenes uavhengighet, både reelt og symbolsk. En valgordning kan utformes på flere måter. Danmark, Island og Finland har allerede ulike former for valgordning.

Prinsippet om valg blant dommerne selv må fremgå av Grunnloven. Nærmere regler om valgordningen kan da gis i vanlig lovgivning. Skulle dommermedlemmene derimot utvelges på en annen måte, måtte man ha regler i Grunnloven selv om hvordan valget skulle skje for å hindre forsøk på misbruk fra et politisk flertalls side. Dette vil komplisere grunnlovsbestemmelsen og er i seg selv et argument for en ordning med valg av og blant dommerne selv.

Dagens styre i Domstolsadministrasjonen har 9 medlemmer med personlige varamedlemmer. Et domstolsråd bør ikke være større. Et flertall av dommere betyr at minst fem medlemmer med personlige varamedlemmer må være dommere. Dette inkluderer jordskiftedommere. I dag er bare fire av medlemmene, inkludert jordskiftedommeren, dommere. Det betyr at antall øvrige medlemmer, med personlige varamedlemmer, må reduseres med én i forhold til dagens ordning. I dag skal ett medlem representere de øvrige ansatte i domstolene, to skal være advokater og to velges av Stortinget uten retningslinjer for hvem disse skal representere. Dommerforeningen vil peke på at de øvrige ansatte i domstolene og advokatstanden fortsatt må være representert, men går i denne sammenheng ikke nærmere inn på sammensetningen av rådet. Dette behøver etter Dommerforeningens mening ikke å fremgå av Grunnloven, men kan reguleres i vanlig lovgivning. Det er først og fremst prinsippet om dommerflertall, og hvordan dommerrepresentantene skal velges, som det av hensyn til domstolenes uavhengighet er viktig å slå fast i Grunnloven.

Grunnloven bør imidlertid inneholde regler om lengste funksjonstid. To perioder på fire år hver kan være rimelig. Hvorvidt lederen skal velges for mindre enn fire år om gangen, er det neppe nødvendig å fastsette i Grunnloven. Dette kan man eventuelt overlate til rådet selv å bestemme. Ettersom lederen vel gjerne vil bli valgt blant dommermedlemmer som allerede har noe tid bak seg i rådet, og det er ønskelig med en viss kontinuitet i lederstillingen, er det imidlertid praktisk at en leder skal kunne gjenvelges i alle fall én gang som leder utover en funksjonstid på to ganger fire år som rådsmedlem.

Dommerne valgt fra de alminnelige domstolene bør representere alle instanser, slik ordningen er i dag, uten at det behøver å fremgå av Grunnloven. I dag har jordskiftedommerne én plass i Domstoladministrasjonens styre, og slik bør det også være i fremtiden.

Med Domstolsrådet som et grunnlovfestet organ og som den sentrale sikring av domstolenes uavhengighet er det naturlig at alle de øvrige medlemmene av rådet velges av Stortinget, ikke oppnevnes av regjeringen. Det vil føre til en åpnere beslutningsprosess og gi den politiske opposisjonen mulighet til å øve innflytelse på valget. Dette vil styrke rådets legitimitet. Dommerforeningen legger til grunn at Stortinget vil bestrebe seg på å oppnå konsensus om valget, slik tilfellet er i dag for de stortingsoppnevnte representantene.

Det er ikke naturlig å videreføre dagens regel om at oppnevning eller valg kan trekkes tilbake dersom et medlem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte. Det ville åpne muligheten for å manipulere sammensetningen i etterhånd. Derimot er det naturlig å skrive inn i Grunnloven at dersom et medlem eller varamedlem fratrer i løpet av funksjonsperioden, velges et nytt medlem for resten av perioden.

Domstoloven § 33a har i dag en bestemmelse om at Kongen kan avsette styret dersom det ikke følger opp kritikk fra Riksrevisjonen. En tilsvarende avsettelsesmulighet – i så fall etter vedtak i Stortinget – er lite naturlig med et Domstolsråd direkte forankret i Grunnloven og med nye oppgaver i å ivareta domstolenes uavhengighet. Det må for øvrig legges til grunn at dette i dag er en nokså teoretisk mulighet.

Tilsvarende gjelder for et eventuelt riksrettsansvar for Domstolsrådets medlemmer. Med Domstolsrådet som et nytt konstitusjonelt organ, kunne det umiddelbart synes nærliggende at Riksrettens kompetanse ble utvidet også å gjelde dette rådets medlemmer. Ettersom Riksretten er sammensatt slik at flertallet oppnevnes av Stortinget, ville imidlertid en slik ordning ikke være forenlig med Domstolsrådets uavhengighet av de øvrige statsmakter. Det betyr ikke at rådets medlemmer ikke vil kunne holdes rettslig ansvarlig for sine handlinger. Dette ansvaret må avgjøres av de alminnelige domstoler.

5. Antall dommere i Høyesterett

I dag setter Grunnloven bare krav til det minste antall dommere i Høyesterett. Et Domstolsråd med ansvar for dommerutnevnelser som foreslått ovenfor er en god sikring mot forsøk på å «håndplukke» dommere med antatt «riktig» politiske grunnholdning. For Høyesterett med sin spesielle rolle bør det imidlertid gjelde en ekstra sikring ved at Grunnloven også fastsetter et høyeste antall dommere. I dag har Høyesterett 20 dommere. Selv om det per i dag ikke er behov for flere, kan man tenke seg at Grunnloven satte et noe høyere tall som maksimum slik at man ikke behøver å gå veien om grunnlovsendring dersom det skulle vise seg å være behov for en mindre økning. Dommerforeningen har i skissen til grunnlovsbestemmelse nedenfor antydnet en grense på 22 høyesterettsdommere, men her må selvsagt Høyesteretts eget syn på høyeste tall veie tungt.

6. Pensjonsalder

Manipulering av dommerkorpsets sammensetning ved å sette ned pensjonsalderen for dommere har vært benyttet noen ganger i de senere år i Europa. Det bør derfor fremgå direkte av Grunnloven at dommere ikke behøver å gå av med pensjon før de har nådd en viss alder.

Dommeres uavhengighet i sin dømmende virksomhet innebærer at det er vanskelig å foreta en individuell vurdering av om de bør få fortsette utover en viss alder eller ikke. Dømmende virksomhet er videre slik at det er vanskelig å få til en gradvis nedtrapping av arbeidsbyrden – det finnes ingen «spesialrådgiverstillinger» å trekke seg tilbake til. Aldersgrensen må derfor settes slik at arbeidsevnen for de fleste må antas å være fullt i behold frem grensen nås.

Med økende gjennomsnittlig levealder kan det diskuteres hva som er en passende aldersgrense. Et naturlig utgangspunkt er dagens aldersgrense på 70 år, men Dommerforeningen ser ikke bort fra at det kan være aktuelt å sette grensen noe høyere. Dette gjelder selv om det i samfunnet for øvrig er aktuelt å gi arbeidstakere en viss rett til å fortsette også etter den grensen som er satt for dommere. En slik bestemmelse vil ikke være til hinder for at den enkelte dommer selv velger å gå av med pensjon før fylte 70 år i henhold til ellers gjeldende regler om dette.

Dersom dommere gjennom en slik ny bestemmelse i Grunnloven tvinges til å gå av før de når den aldersgrensen som gjelder for andre statsansatte, må det få konsekvenser for opptjening av pensjonsrettigheter. Det vil være negativt for rekrutteringen til dommeryrket om dommere ikke skal kunne oppnå fulle pensjonsrettigheter som andre statsansatte før de er nødt til å gå av med pensjon.

7. Domstolenes økonomi

Skal domstolene yte borgerne den rettssikkerhet som Grunnloven § 95 gir dem krav på, må domstolene ha tilstrekkelige ressurser. Dette er også slik Den europeiske menneskerettsdomstol forstår den tilsvarende artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Med et Domstolsråd innskrevet som et nytt konstitusjonelt organ i Grunnloven er det naturlig at rådet selv fremmer forslag til domstolsbudsjett direkte overfor Stortinget. Sammenlignet med finansieringen av andre viktige samfunnsoppgaver er domstolenes ressursbehov så lite at det ikke har praktisk betydning for regjeringens overordnede økonomiske politikk. Gjennom

stortingsbehandlingen vil domstolenes budsjett uansett ikke være frikoblet fra den allmenne demokratiske beslutningsprosessen om statsutgifter og skattetrykk.

8. Dommernes lønnsforhold

Dommernes lønnsforhold er viktig for rekrutteringen, og dermed for kvaliteten på den rettsikkerhet som domstolene yter. Lønnsnivået gir også - slik samfunnsånden nå en gang er – et viktig signal om domstolenes betydning i samfunnet. Lave dommerlønninger vil uvegerlig gå utover respekten for domstolene, og dermed utover deres evne til å fungere som samfunnets konfliktlødere.

Det bør ikke være mulig for de øvrige statsmakter å bruke lønnsfastsettelsen for dommere til å svekke domstolene.

Dagens ordning, der dommerlønningene, med unntak av lønningene for høyesterettsdommere, fastsettes ved ensidig vedtak av vedkommende departement, er prinsipielt sett svært uheldig og bør avskaffes. Man kan tenke seg ulike andre ordninger som ivaretar domstolenes uavhengighet av de øvrige statsmakter også med hensyn til lønnsfastsettelsen. Dommerforeningen fremmer i denne omgang ikke nærmere forslag om hvilken alternativ ordning som er å foretrekke. Det er uansett ikke gitt at dette behøver å fastsettes i Grunnloven.

9. Skisse til nye grunnlovsbestemmelser

9.1 Domstolsråd, utnevnelse av dommere

Ny § 87A:

Dommere i de alminnelige domstoler og jordskiftedomstolene utnevnes av Domstolsrådet. [eventuelt: av kongen i overenstemmelse med innstilling fra Domstolsrådet]. Rådet leder også domstolenes felles administrasjon og disiplinærordningen for dommere og fremmer forslag om domstolenes budsjett direkte for Stortinget.

Domstolsrådet har ni medlemmer, alle med personlige varamedlemmer. Fire av medlemmene og deres varamedlemmer velges av og blant dommerne i de alminnelige domstolene og ett medlem velges av og blant dommerne i jordskiftedomstolene. De øvrige medlemmene og varamedlemmene velges av Stortinget.

Medlemmer og varamedlemmer velges for fire år om gangen og kan gjenvelges én gang i vedkommende verv. Fratrer et medlem i løpet av funksjonsperioden, velges et nytt medlem for resten av perioden.

Rådet velger selv sin leder blant dommermedlemmene. Tredje ledd er ikke til hinder for at lederen kan gjenvelges én gang som leder.

Rådet er bare beslutningsdyktig dersom et flertall av de tilstedeværende er dommerrepresentanter.

For ordens skyld bør Grunnlovens § 21 få et nytt andre ledd:

Dommere utnevnes som bestemt i § 87A.

Det følger av plasseringen av denne bestemmelsen som nytt andre ledd i § 21 at heller ikke bestemmelsen i første ledd om troskapsed til konstitusjonen og kongen kommer til anvendelse. Det er naturlig at dommere også i fremtiden avlegger en dommerforsikring, som kan omfatte troskap til konstitusjonen, men troskapsed til kongen – som er formell leder av den utøvende makt – sender i samtidens perspektiv feil signal. Spørsmålet om dommerforsikring kan etter Dommerforeningens syn reguleres i alminnelig lovgivning.

9.2 Antall dommere i Høyesterett:

Endring av § 88 andre ledd (endring understreket):

Høyesterett skal bestå av en justitarius og minst fire, høyst 22, andre medlemmer.

9.4 Uavsettelighet, flytteforbud og pensjonsalder

Grunnloven bør klargjøre at dommere fortsatt er beskyttet av grunnlovsbestemmelsen som verner embetsmenn mot avsettelse uten etter dom og mot flytting mot sin vilje. En slik klargjøring kan inntas i § 22 andre ledd (endringen er understreket):

Andre embetsmenn kan bare suspenderes av kongen, for dommeres vedkommende av Domstolsrådet, og skal da straks tiltales for domstolene. Men de må ikke avsettes uten etter dom og heller ikke forflyttes mot sin vilje.

Uavhengig av om dommere utnevnes direkte av Domstolsrådet eller av kongen i overensstemmelse med innstilling fra Domstolsrådet, er det hensiktsmessig at det er Domstolsrådet, i egenskap av øverste disiplinærorgan for dommere, som tar stilling til om en dommer skal suspenderes.

En bestemmelse om pensjonsalder inntas enklest i § 22 tredje ledd (endringen understreket):

Alle embetsmenn kan uten foregående dom avskjediges når de har nådd en aldersgrense fastsatt ved lov. Dommere kan ikke avskjediges på grunn av alder før de har fylt 70 år. Det kan bestemmes ved lov at visse embetsmenn, som ikke er dommere, kan utnevnes på åremål.

Hvorvidt dommere med den utnevnellesmåten som Dommerforeningen foreslår, i formell forstand fortsatt skal regnes som «embetsmenn» eller utgjør en kategori for seg selv, er med de foreslåtte formuleringene i § 22 andre og tredje ledd ikke avgjørende.

10. Andre lovendringer

De forslag som er fremsatt i dette notatet, vil også nødvendiggjøre enkelte endringer i alminnelig lovgivning, først og fremst domstoloven kapittel 1A om den sentrale domstoladministrasjonen.

Dommerforeningen har imidlertid i denne omgang ikke utformet forslag til slike endringer.