



# NORGES HØYESTERETT

Den 26. juni 2012 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2012-01312-A, (sak nr. 2012/398), sivil sak, anke over kjennelse,**

Flexiped AS

(advokat Lars Berntsen – til prøve)

mot

Brødrene Fossum AS

(advokat Harald Hjort)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder spørsmål om dommerforsikring etter domstolloven § 60 er avgitt og om eventuelt manglende forsikring er en absolutt opphevelsesgrunn etter tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b om "at retten ikke var lovlig sammensatt".
- (2) Oslo tingrett avsa 11. april 2011 dom med slik domsslutning:
  - ”1. Flexiped AS tilpliktes innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom å betale til Brødrene Fossum AS kr. 815.000,- kroneråtttehundreogfemtentusen 00/100, med tillegg av lovens rente fra forfall og til betaling skjer.
  2. Partene bærer hver sine saksomkostninger.”
- (3) Flexiped AS anket dommen. Da selskapet ikke lenger var representert ved prosessfullmektig med rett til etterskuddsvis betaling av rettsgebyret, satte Borgarting lagmannsrett frist for forskuddsvis betaling av gebyret på 30 960 kroner.
- (4) Ettersom betaling ikke fant sted, avsa lagmannsretten 19. oktober 2011 kjennelse med slik slutning:
  - ”1. Anken avvises.
  2. I saksomkostnader for lagmannsretten betaler Flexiped AS 7 000 –syvtusen – kroner til Brødrene Fossum AS.”

- (5) Selskapet begjærte oppfriskning mot avvinningskjennelsen. Begjæringen ble ikke tatt til følge. Lagmannsretten fant at avvinningskjennelsen verken var avsagt med urette, jf. tvisteloven § 16-12 første ledd, eller gav grunnlag for å gi oppfriskning etter interesseavveiningen i bestemmelsens tredje ledd.
- (6) Flexiped AS har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Det er gjort gjeldende at det er begått saksbehandlingsfeil idet lovpålagt dommerforsikring ikke foreligger for lagdommer Øystein Hermansen, som deltok i avgjørelsen. Videre er det anført at en part som på anketidspunktet er representert ved prosessfullmektig, har rett til etterskuddsvis betaling av rettsgebyret selv om prosessfullmektigen senere fratrer. Anken skulle derfor ikke vært avvist på grunn av manglende forskuddsbetaling. Lagdommerne var dessuten inhabile idet de enten hadde deltatt i tidligere avgjørelser i samme sakskompleks eller i andre saker der Flexiped AS har vært part.
- (7) Høyesteretts ankeutvalg traff 11. april 2012 beslutning og kjennelse om at anken for så vidt gjelder anførselene om manglende dommerforsikring, skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med 5 dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet, jf. tvisteloven § 30-9 annet ledd.
- (8) Det er for Høyesterett inngitt skriftlige innlegg etter tvisteloven § 15-8 fra staten v/Domstoladministrasjonen – representert ved Regjeringsadvokaten – og fra Rettssikkerhetsforbundet, Norsk Organisasjon for Rettferd og Menneskerettigheter, Human Rights Alert – Norway samt fra Familiestiftelsen av 15. mai – alle representert ved Marius Reikerås.
- (9) Partene har fremlagt flere nye erklæringer og dokumenter for Høyesterett som omhandler forhold omkring lagdommer Hermansens dommerforsikring spesielt, og innhenting og oppbevaring av dommerforsikringer generelt.
- (10) Ankende part – *Flexiped AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (11) Det er på bakgrunn av opplysningene i saken sannsynlighetsovervekt for at lagdommer Hermansen aldri har avgitt dommerforsikring etter domstoloven § 60.
- (12) Bestemmelsen må uansett forstås slik at forsikringen ikke bare skal være avgitt, men at den senere også skal kunne fremlegges eller bekreftes på annen måte.
- (13) Når en fagdommer ikke har avgitt eller kan fremlegge dommerforsikring slik loven krever, er retten ikke lovlig sammensatt, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b, ettersom et lovbestemt vilkår for å være dommer ikke er oppfylt. Dette er en absolutt saksbehandlingsfeil som må lede til opphevelse av lagmannsrettens avgjørelse, jf. også flertallets votum i Rt. 1916 side 559. Løsningen bekreftes av senere rettspraksis av betydning for spørsmålet. Mindretallets votum i 1916-avgjørelsen og uttalelser i Rt. 2004 side 1376 endrer ikke dette.
- (14) Manglende dommerforsikring vil under enhver omstendighet måtte lede til opphevelse fordi en domstol bestående av dommere som ikke oppfyller et slikt grunnleggende krav i nasjonal lovgivning for å være dommer, ikke tilfredsstillter kravene til en domstol "opprettet ved lov" i EMK artikkel 6 nr. 1.

- (15) Flexiped AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Lagmannsrettens kjennelse av 20. desember 2011 oppheves.
  2. Det offentlige tilkjennes sakskostnader.”
- (16) Ankemotparten – *Brødrene Fossum AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Det er ut fra bevisene i saken mer sannsynlig at lagdommer Hermansen har avgitt dommerforsikring, enn at han ikke har det. Det kan ikke oppstilles noe tilleggsvilkår om at den avgitte erklæringen også skal kunne fremlegges. Følgelig må det legges til grunn at kravet i domstoloven § 60 er oppfylt.
- (18) Hermansens embetsløfte i henhold til Grunnloven § 21 og embedsedloven av 1981 er uansett dekkende for innholdet av den lovbestemte dommerforsikringen. Også av den grunn må slik forsikring som domstoloven krever, anses å foreligge.
- (19) Manglende dommerforsikring fra en fagdommer er under enhver omstendighet ingen absolutt saksbehandlingsfeil som etter tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b kan lede til opphevelse av lagmannsrettens kjennelse. Bare dersom rettssikkerhetshensyn trås for nær om en slik mangel ikke blir gitt ubetinget virkning, kan opphevelse komme på tale, jf. Rt. 2003 side 328. Det gjelder en formalfeil som det er utenkelig vil kunne påvirke sakens behandling eller utfall i domstolene.
- (20) Rettspraksis som tillegger mangler ved dommerforsikringen ubetinget virkning, gjelder primært meddommere som avgir forsikring etter § 100, se særlig Rt. 1916 side 559. Praksis vedrørende slike forsikringer har ikke avgjørende betydning for dommerforsikringer etter § 60. Høyesterett har i en uttalelse i Rt. 2004 side 1376 dessuten tatt avstand fra 1916-avgjørelsen og anlagt et mer realistisk syn.
- (21) Bestemmelsen i EMK artikkel 6 nr. 1 om at domstolen må være "opprettet ved lov", rammer rettsavgjørelser truffet av personer som ikke har hatt domsmyndighet grunnet feil ved oppnevningen. Det er ikke situasjonen der en dommerforsikring ikke er avgitt.
- (22) Brødrene Fossum AS har lagt ned slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
  2. Det offentlige tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.”
- (23) *Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.*
- (24) Anken gjelder en avgjørelse truffet av lagmannsretten i første instans. Høyesterett har full kompetanse i saken ettersom de begrensninger i ankeadgangen som ellers følger av tvisteloven § 16-14 annet ledd og § 30-6, ikke gjelder i et slikt tilfelle.
- (25) Jeg redegjør først kort for noe av den historiske bakgrunnen for regelverket om dommerforsikringer og embetsed, samt for innholdet av disse bestemmelsene slik de lyder i dag.

- (26) Ordningen med dommerforsikring er en skikk med røtter helt tilbake til Magnus Lagabøtes landslov fra 1270-tallet. Ifølge Absalon Tarangers omarbeidelse av landsloven hadde Tingfarebolken kapittel 3 bestemmelser om at "de som er nævnt til lagrettemænd", måtte avlegge ed på at

**"han i hver mands sak skal stemme saa, som han vet er sandest for Gud efter loven og sin samvittighet, saavel mot fiende som mot frænde".**

- (27) Den senere Norske Lov 1-5-1 fra 1687 stilte krav om at dommere skulle avlegge ed på at de ville

**"dømme retfærdeligen, og ikke i nogen Maade ansee Vold, Magt, Frændskab, Venskab, Gunst, eller Gave, Had, Avind, eller Nid; Men alleniste vil have Gud og Retfærdigheden for Øjen, og dømme retfærdeligen efter Lov og Ret ...Saa sant hielpe mig Gud og hans hellige Ord!"**

- (28) Dommereden etter Norske Lov var, i tillegg til en erklæring om å ville dømme rettfærdig og upartisk, også en troskaps erklæring til kongen.

- (29) Skikken med at dommere avla ed på at de ville utøve sin dommergjerning på en upartisk og samvittighetsfull måte, ble videreført i edsloven av 1893. For fagdommere ble selve eden formulert i en kongelig resolusjon av 23. januar 1897 i medhold av edsloven § 4.

- (30) Ordningen med dommered ble senere tatt opp i arbeidet med en sivilprosessreform på begynnelsen av 1900-tallet, men da slik at "Eden antages at burde ombyttes med en forsikring", jf. Udredninger og udkast til Civilprosessreformen af Bernhard Getz, 1902, side 86.

- (31) I den senere domstolloven av 1915 foreskrev § 60 at "[a]lle dommere undtagen domsmænd" skulle gi skriftlig forsikring. Bestemmelsen var i sin opprinnelige form – med unntak av hvem forsikringen skulle sendes til – identisk med dagens regel, som lyder:

**"Alle dommere unntatt meddommere og skjønnsmedlemmer skal gi skriftlig forsikring om at de samvittighetsfullt vil oppfylle sine plikter. Forsikringen sendes til domstoladministrasjonen eller til fylkesmannen for så vidt gjelder forsikring for dommere i forliksrådet. Kongen fastsetter hvordan forsikringen skal lyde."**

- (32) I kongelig resolusjon 10. juni 1927 er det gitt bestemmelse om formen for den forsikring som en *fagdommer* skal gi. Bokmålsversjonen er slik:

**"Jeg forsikrer at jeg samvittighetsfullt vil oppfylle mine plikter som dommer – at jeg vil handle og dømme således som jeg etter loven og for min samvittighet kan forsvare, og hverken av hat eller vennskap, hverken for gunst eller gave eller av annen årsak vike fra rett og rettfærdighet."**

- (33) Dommeren skal i henhold til formularet som benyttes i dag, ved sin underskrift forsikre

**"at jeg samvittighetsfullt vil oppfylle mine plikter som dommer – at jeg vil handle og dømme slik som jeg etter loven og for min samvittighet kan forsvare, og ikke av noen grunn vike fra rett og rettfærdighet."**

(34) Også *meddommere* skal avgi forsikring etter å ha blitt formant om sitt ansvar. Bestemmelser om dette finnes i domstolloven § 100 og § 141. Jeg kommer senere tilbake til dette.

(35) I tillegg til de dommerforsikringer jeg hittil har omtalt, bør nevnes at fagdommere, som andre embetsmenn, etter Grunnloven § 21 også skal

**"sværge eller, hvis de ved Lov ere fritagne for Edsaflæggelse, høitideligen tilsige Konstitutionen og Kongen Lydighed og Troskab."**

(36) Det er i forlengelsen av grunnlovsbestemmelsen gitt en egen lov – nå lov 22. mai 1981 nr. 23 – om slik embetsed, eventuelt embetsforsikring. Embetseden består i at embetsmannen gjennom sin underskrift på et fortrykt formular

**"lover og sverger, å vise Konstitusjonen og Kongen lydighet og troskap, så sant hjelpe meg Gud den Allmektige og Allvitende".**

(37) Som det vil ha fremgått av det jeg nå har redegjort for, har ordningen med dommerforsikring vært stabil gjennom mange hundre år, og for alle praktiske formål vært holdt helt uforandret siden vedtakelsen av domstolloven av 1915. Så vidt vites har det heller ikke fra lovgiverhold noen gang vært reist spørsmål om dens berettigelse.

(38) Det bør likevel nevnes at Domstoladministrasjonens regelutvalg, opprettet våren 2008, i sin rapport nr. 3 fra desember 2009, har foreslått at domstolloven § 60 endres slik at kravet om dommerforsikring fjernes for embetsdommere. Det heter på side 4 i rapporten at selv om dommerforsikringen bidrar til å markere viktigheten og høytideligheten ved dommerrollen, "kan det virke unødvendig 'byråkratisk' å operere med dommerforsikring i tillegg til embetseden for utnevnte dommere". Det er i saken her ikke gitt opplysninger om dette forslaget vil bli fulgt opp.

(39) Jeg går så over til å se på spørsmålet om lagdommer Hermansen har avgitt forsikring etter domstolloven § 60.

(40) Spørsmålsstillingen har sitt utspring i at det er vel kjent at rutineene for innhenting og oppbevaring av dommerforsikringer var mangelfulle på den tid Hermansen ble utnevnt i fast embete som lagdommer. På den bakgrunn etterspurte ankende part forsikringen uten at Justisdepartementet, Domstoladministrasjonen eller Hermansen selv kunne fremskaffe denne.

(41) Situasjonen bør ses i sammenheng med at Justisdepartementet i rundskriv til domstolene så tidlig som 15. mars 1991 og så sent som 5. juli 2002, satte spørsmålstegn ved enkelte domstolers rutiner for innhenting av dommerforsikringer, se henholdsvis rundskriv G-49/91 og G-12/02. I rundskrivet fra 2002 ble det introdusert nye rutiner for dommerforsikring ved tilsetting av dommere, samtidig som det ble opplyst at departementet frem til det tidspunktet ikke hadde hatt rutiner for slikt. Det ble også uttalt at man ikke kunne utelukke at det fantes domstoler med dommere som ikke hadde avlagt forsikring. Domstolene ble derfor bedt om å undersøke situasjonen og sørge for at forsikring ble avgitt.

- (42) Justisdepartementet har i brev til Domstoladministrasjonen 4. mai 2012 gitt en nærmere redegjørelse for situasjonen rundt innhenting og arkivering av dommerforsikringer i den tidsperioden som er relevant for foreliggende sak. I brevet heter det blant annet:

**"Før 1991 ble dommerforsikringer oppbevart i personalmappen til den enkelte dommer i Sivilavdelingen i Justisdepartementet (JD). Fra 1991 til 7. juli 2002 ble forsikringer oppbevart hos fylkesmennene. Fra 7. juli 2002 til 31. oktober 2002 ble forsikringer igjen oppbevart i JD. Etter dette har Domstoladministrasjonen (DA) oppbevart forsikringer. Samtlige personalmapper til praktiserende dommere ble overført fra JD til DA i forbindelse med opprettelsen av DA i 2002.**

**Som det fremgår av rundskriv G-12/02, hadde JD frem til 7. juli 2002 ikke laget rutiner for å sende ut skjemaer for dommerforsikring ved tilsetting av dommere. Ordningen på det tidspunktet var at forsikringen ble sendt fra domstolen til fylkesmannen. Det går frem av rundskriv G-49/91 at det var den enkelte domstol som hadde ansvar for innhenting av dommerforsikringer også i tiden før 15. mars 1991.**

**I rundskriv G-12/02 ble alle domstolene minnet om plikten til å avgi dommerforsikring. Dette førte til at det kom inn en hel rekke forsikringer. Man har imidlertid hatt problemer med å finne flere av disse forsikringene i ettertid. Det er blitt lett så grundig som mulig. En person fra DA, som tidligere jobbet i JD, har sammen med ansatte i JDs Dokumentasjonssenter, lett i JDs arkiver. Departementet er videre kjent med at DA har vært i kontakt med Borgarting lagmannsrett i anledning saken. Borgarting har vært klare på at de sendte over flere forsikringer til JD som følge av rundskriv G-12/02. Til tross for kjennskap til den konkrete forsendelsen har den ikke blitt funnet i JDs arkiver. Det har åpenbart vært mangelfulle rutiner for oppbevaring av dommerforsikringer, og det kan ikke utelukkes at det finnes forsikringer i JDs arkiver."**

- (43) I et notat av 15. mai 2012 som Domstoladministrasjonen har utarbeidet, fremgår at man i arkivet pr. 9. mars 2012 har manglet dommerforsikring for til sammen 144 yrkesaktive dommere. Samtlige som manglet forsikring, var utnevnt før 1. november 2002. Disse – inklusive lagdommer Øystein Hermansen – har vært bedt om å undertegne fornyet dommerforsikring.
- (44) Ut fra de opplysninger jeg nå har redegjort for, kan det etter min oppfatning ikke utelukkes at enkelte dommere aldri har avgitt forsikring – særlig ikke når det er på det rene at man ikke hadde formaliserte rutiner for dette før i 2002. Det svært høye tallet på 144 manglende forsikringer gjør det likevel mindre sannsynlig at ikke noen av dem har vært avgitt.
- (45) Jeg legger ved denne bedømmelsen vekt på at det i den aktuelle tidsperioden har vært varierende regler om hvem forsikringene skulle sendes til og om hvem som skulle oppbevare dem. Denne type variasjoner gir grunnlag for feilsendinger og feilarkivering.
- (46) Videre legger jeg vekt på at de tiltak departementet iverksatte gjennom rundskrivet i 2002, må ha ført til at en rekke mangelfulle forhold ble brakt i orden. Det har da formodningen mot seg at så mange som 144 dommere – som alle har vært utnevnt før 2002 – ikke skulle ha etterkommet dette.
- (47) Jeg legger også atskillig vekt på at Justisdepartementet har opplyst at landets største anke-domstol – Borgarting lagmannsrett – har vært klare på at de etter oppryddingen i 2002 sendte flere forsikringer over til departementet.

- (48) Ved bedømmelsen av om *lagdommer Øystein Hermansen* har avgitt dommerforsikring selv om den nå ikke kan gjenfinnes, vil det alminnelige utgangspunkt være, som i sivile saker for øvrig, at retten må legge det faktum den finner mest sannsynlig til grunn – det såkalte overvektsprinsippet.
- (49) Hermansen har til bruk ved Høyesteretts behandling av saken redegjort for sin opprinnelige konstitusjon og senere utnevning i fast embete som lagdommer ved daværende Eidsivating – nåværende Borgarting – lagmannsrett, med tiltredelse 1. januar 1994. I redegjørelsen opplyser han blant annet:
- "Jeg kan ikke huske om jeg i forbindelse med konstitusjonen eller den faste utnevningen underskrev dommerforsikring."**
- (50) Det kan for sannsynlighetsovervekt ikke kreves at Hermansen om lag 20 år etter at forsikring skal ha blitt avgitt – eller 10 år etter at en eventuell feil ble rettet opp – også har konkret erindring om dette. Det er ingen holdepunkter for at han selv mener *ikke* å ha underskrevet noen slik forsikring.
- (51) Hermansen har imidlertid kunnet fremlegge kopi av den embetsed han undertegnet 29. desember 1993 i forbindelse med utnevningen som lagdommer, og av den oversendelse han foretok samme dag. Dokumentet er også gjenfunnet i departementets personalmappe.
- (52) At bare det ene dokumentet er funnet i mappen, kan, slik jeg ser det, ikke tas til inntekt for at det andre ikke har vært avgitt. Jeg viser her til at Justisdepartementet i sin redegjørelse har opplyst at på den tid Hermansen ble utnevnt, ble dommerforsikringen avlevert til vedkommende domstol, mens det av personalmappen fremgår at embetseden ble sendt fra Hermansen til Justisdepartementet. Det lar seg altså forklare hvorfor ikke også en avgitt dommerforsikring finnes i denne mappen, idet den mest sannsynlig etter de rutiner som da gjaldt, ikke ble sendt til departementet, men avlevert til den domstol han skulle tjenestegjøre ved.
- (53) Det er i denne forbindelse også viktig å minne om at Hermansen er utnevnt ved Borgarting lagmannsrett, som har vært klar på at forsikringer ble oversendt departementet i 2002, men disse er altså ifølge departementets egne opplysninger kommet bort. Hermansens dommerforsikring kan ha vært blant disse.
- (54) Videre har Hermansen i sin redegjørelse pekt på at han som følge av avtale om nytt lønssystem for dommere, inngikk individuell arbeidsavtale med Justisdepartementet den 10. november 1999. I avtalens punkt 2 heter det blant annet:
- "I henhold til kongelig resolusjon av 17. desember 1993 er Øystein Hermansen utnevnt til lagdommer ved Borgarting lagmannsrett.**
- I henhold til lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 § 60 er det avgitt forsikring."**
- (55) Selv om det ikke kan utelukkes at formuleringen bare er en standardfrase og man derfor ikke kan bygge på at forsikringen var blitt funnet frem da avtalen ble inngått, skaper den en formodning om at forsikring er avgitt.

- (56) På bakgrunn av det jeg her har redegjort for, foreligger det etter min oppfatning tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt for at lagdommer Hermansen da han ble utnevnt – eller senest i 2002 – har avgitt dommerforsikring slik domstoloven § 60 krever.
- (57) Jeg går etter dette over til å se på anførselen om at § 60 må forstås slik at det ikke er tilstrekkelig å sannsynliggjøre at dommerforsikring er avgitt, men at forsikringen også må kunne fremlegges eller bekreftes på annen måte.
- (58) Anførselen kan etter min oppfatning klart ikke føre frem. Jeg finner det tilstrekkelig å vise til at dommeren etter ordlyden "skal gi skriftlig forsikring", og at den så skal "sendes" til Domstoladministrasjonen. Disse formuleringene åpner ikke for å kunne innfortolke de vilkår som ankende part har gjort gjeldende for at en avgitt forsikring skal være virksom. I så fall måtte bestemmelsen hatt en ganske annen ordlyd.
- (59) Det er på bakgrunn av den løsning jeg her har kommet til i bevisspørsmålet, ikke nødvendig for meg å ta stilling til hvorvidt kravene til dommerforsikring er oppfylt ved at Hermansen har avgitt embetsed etter Grunnloven § 21.
- (60) Den sannsynlighetsovervekt jeg har påvist for at lagdommer Øystein Hermansen avga dommerforsikring etter domstoloven § 60 den gang han ble utnevnt eller senest i 2002, er tilstrekkelig til at anken kan forkastes. Ut fra spørsmålets prinsipielle karakter og på bakgrunn av partenes prosedyrer for Høyesterett, vil jeg imidlertid også ta stilling til spørsmålet om manglende dommerforsikring er en absolutt opphevelsesgrunn.
- (61) Den grunnleggende bestemmelsen en manglende dommerforsikring må vurderes opp mot, er tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b. Der slås det fast at det vil være en feil som skal tillegges ubetinget virkning dersom "retten ikke var lovlig sammensatt". Straffeprosessloven har en tilsvarende bestemmelse i § 343 annet ledd nr. 3, som også tillegger den feil at "domstolen ikke var lovlig besatt" ubetinget virkning.
- (62) Flexiped gjør gjeldende at det er et vilkår for å være dommer at dommerforsikring er avgitt. Når slik forsikring mangler, er et av kravene for å kunne utøve dommergjerningen ikke oppfylt, anføres det. I slike tilfeller er retten etter Flexipeds syn ikke lovlig "sammensatt" eller "besatt" i henholdsvis tvistelovens og straffeprosesslovens forstand.
- (63) Jeg er ikke enig i dette.
- (64) Innledningsvis vil jeg nevne at rettspraksis gir god støtte for at ikke enhver feil ved rettens sammensetning innebærer at den ikke var "lovlig sammensatt". Det er derfor ikke slik at dette er en type feil som uten videre utgjør en ubetinget saksbehandlingsfeil som må lede til opphevelse. Jeg sikter her til feil utenfor de situasjoner som er omhandlet i domstoloven § 41 og unntakene i straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3. Avgjørelsen i Rt. 2003 side 328 er et slikt eksempel. Høyesterett vurderte der – etter å ha slått fast at lagmannsretten hadde konstituert lagretten på uriktig måte – om det var "noe rettssikkerhetshensyn som trås for nær om feilen ikke blir gitt ubetinget virkning", jf. avsnitt 23. Jeg viser også til Rt. 2010 side 1018, der førstvoterende peker på unntaksregelen i straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3 og dernest i avsnitt 14 uttaler at det i praksis flere ganger har vært lagt til grunn at brudd på reglene om rettens sammensetning også i andre tilfeller ikke ubetinget medfører opphevelse.



- (65) Høyesterett har ikke tidligere i noen begrunnet avgjørelse vurdert de rettslige konsekvenser av manglende forsikring fra en fagdommer. Rett nok har Høyesteretts kjæremålsutvalg i en uttrykt avgjørelse fra 1892 kommet til at en dommers manglende ed var en ubetinget saksbehandlingsfeil som måtte føre til opphevelse. Avgjørelsen – som er truffet i en annen tid og med annen lovgivning enn i dag – gir liten veiledning for hvordan spørsmålet nå skal løses. Det er vist til denne avgjørelsen i Rt. 1916 side 559, som jeg senere kommer tilbake til.
- (66) Med dette som bakgrunn skal jeg nå vurdere om det er et vilkår for å kunne utføre dommergjerningen at det er avgitt dommerforsikring.
- (67) Jeg tar utgangspunkt i domstolloven § 52, som definerer "dommere" som "alle medlemmer av en domstol, som kan træffe eller være med i dømmende avgjørelser". De nærmere vilkårene for å bli utnevnt som dommer følger av loven § 53, § 54 og § 55.
- (68) Avgitt forsikring etter § 60 er ikke angitt som noe vilkår for å bli utnevnt som dommer. Det finnes heller ingen bestemmelse som diskvalifiserer en utnevnt dommer på grunn av manglende forsikring. Jeg viser til sammenligning til inhabilitetsreglene i § 106 flg. som bestemmer at "[i]ngen kan være dommer" når det foreligger inhabilitetsgrunner.
- (69) Dernest vil jeg peke på at kravene til dommeres embetsførsel er lovfestet i § 55 tredje ledd. Der heter det:
- "En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt."**
- (70) Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 15. juni 2001 nr. 62. I merknadene til bestemmelsen heter det, jf. Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) side 188:
- "Tredje ledd første punktum fastslår at en dommer er uavhengig i sin dømmende stilling. Dette prinsippet følger av sikker grunnlovsfortolkning selv om Grunnloven ikke uttrykker dette konkret. Prinsippet er derfor ikke nytt, men en lovfesting av gjeldende rett. Det vises i denne sammenheng til kap. 6 ovenfor der spørsmålet om grunnlovsfesting av domstolenes uavhengighet er behandlet. For øvrig vises til NOU 1999: 19 punkt 5.4.2. Annet punktum gir uttrykk for at dommeren skal utføre sin gjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt. Dette innebærer for det første at det settes krav til en dommer som samsvarer med kravene til hvem som skal utnevnes som dommere, jf annet ledd. For det annet sendes det signal om hvordan en dommer som er utnevnt, bør utøve sin dommergjerning. Nøytralitet, innsikt og verdighet bør blant annet være stikkord som kjennetegner en dommers fremferd."**
- (71) Selve dommerforsikringen etter § 60, som jeg tidligere har gjengitt, er en forsikring om at dommeren samvittighetsfullt vil oppfylle sine plikter, dømme etter loven og sin samvittighet og ikke vike fra rett eller rettferdighet. Når dette løftet sammenholdes med de krav § 55 tredje ledd og dens forarbeider stiller til en dommers embetsførsel, finner jeg det klart at hva dommeren skal forsikre om, ikke er noe annet enn de embetsplikter vedkommende allerede er pålagt i kraft av loven. Forsikringen som sådan stifter altså ingen selvstendige plikter for dommeren. Det er mer tale om en ordensregel. I lys av dette må en dommer som ikke har avgitt forsikring, fortsatt bedømmes som domsmyndig. Dette leder til at retten må anses som "lovlig sammensatt" også når forsikring mangler.

(72) Den ankende part har vist til avgjørelser hvor manglende forsikring fra en meddommer har vært ansett som en absolutt opphevelsesgrunn – Rt. 1916 side 559 og Rt. 1991 side 900. Den sist nevnte avgjørelsen drøfter imidlertid ikke spørsmålet, men viser bare til avgjørelsen fra 1916. Om betydningen av 1916-avgjørelsen for spørsmålsstillingen i foreliggende sak, vil jeg bemerke:

(73) Oppgavene og ansvaret til en meddommer er ikke regulert av domstolloven § 55, men av § 100, der første ledd lyder:

**"Første gang nogen gjør tjeneste som meddommer, skal rettens leder foreholde ham de pligter, som paahviler en meddommer, og ta imot hans forsikring om, at han saavel i denne sak som i alle fremtidige saker vil gi vel agt paa alt, som forhandles i retten, og at han vil dømme saaledes, som han vet sandest og rettest at være efter loven og sakens bevisligheter."**

(74) I Rt. 1916 side 559 har førstvoterende som talsmann for fire av de syv dommerne, uttalt følgende om betydningen av en meddommers forsikring:

**"Lovens øiemed med denne ordning synes at ligge klart i dagen: Den søker heri en garanti for en samvittighetsfuld og retskaffen utførelse av den vigtige dommergjerning. For lægdommernes vedkommende, som kun leilighetsvis og med længere mellemrum kaldes til denne gjerning, har loven av denne grund anset det paakrævet og fundet en betryggelse i, at de hver gang deres tjeneste paakaldes, mindes om den høie betydning av dette hverv, derved at de avkræves en i den høitideligste og mest bindende form avgit erklæring om, at de vil røgte hvervet, « saaledes som de vet sandest og rettest at være ». Hermed er desuten tilsigtet, at denne indledning paa rettens forhandlinger skal gi disse det præg av høitidelighet og alvor, som de ikke uten skade kan undvære. Jeg ser saaledes i forskrifterne om lægdommernes edfæstelse et uttryk for et princip, som i vigtighet og betydning ikke staar tilbage for andre principer, som straffeprocenloven hævdter og har søkt at gjennomføre, saaledes f.eks. princippet om hovedforhandlingens offentlighet, hvorom § 393 nr. 4 bestemmer, at brud herpaa ubetinget skal tillægges betydning, det er: medføre annullation."**

(75) Et mindretall på tre dommere delte ikke denne oppfatningen, men hadde forskjellige begrunnelser. To av mindretallets dommere fant det mer naturlig å bedømme edsavleggelsen som "et led i retsforhandlingen, som ikke vedkommer spørsmålet om, hvorvidt retten er blitt lovlig besatt". Én dommer mente at ugyldighetsbestemmelsen bare tok sikte på situasjoner der noen som overhodet ikke kunne inneha stilling som domsmann eller lagrettemann fordi de ikke kunne velges som sådanne, hadde deltatt i avgjørelsen.

(76) Høyesterett har i 1916-avgjørelsen bare tatt stilling til hvorvidt manglende dommerforsikring fra en meddommer er en ubetinget opphevelsesgrunn. Avgjørelsen er kritisert i Rt. 2004 side 1376. Den saken gjaldt også manglende forsikring fra en meddommer. I kjennelsen avsnitt 11 uttaler førstvoterende:

**"Forsvareren har fremhevet at utøvelse av dommerrollen er utøvelse av myndighet hvor det er viktig at formene overholdes. Jeg er enig i dette, men det innebærer likevel ikke at feilen må omfattes av den absolutte opphevelsesgrunnen i § 343 annet ledd nr. 3. Den forsikringen som skal avgis, kan det, som fremhevet av dommer Scheel i hans dissens i 1916-avgjørelsen, være like naturlig å betrakte som en del av forhandlingene slik at den ikke angår spørsmålet om retten var 'lovlig besatt'. Videre nevner jeg at da avgjørelsen i 1916 ble truffet, skulle meddommerne edfestes hver gang de tjenestegjorde, mens dette i dag bare gjøres første gang. Dette kan indikere at lovgiveren den gang la større vekt på edfestelsen enn den vekt som i dag legges på forsikringen. At avgjørelsen fra 1916 ikke**

**lenger kan legges til grunn, støttes også av Rt-2003-328 hvor Høyesterett kom til at § 343 annet ledd nr. 3 ikke omfattet et tilfelle hvor to varamedlemmer til lagretten som skulle ha fratrudd før loddtrekningen av hvem som skulle gjøre tjeneste i saken, hadde deltatt i avgjørelsen av skyldspørsmålet."**

- (77) Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta uttrykkelig stilling til om manglende meddommerforsikring er en absolutt opphevelsesgrunn idet saken ble løst på annet grunnlag. Det er likevel verdt å merke seg at avgjørelsen målbærer tre argumenter mot at resultatet i Rt. 1916 side 559 kan føres videre; dels at en manglende dommerforsikring ikke angår spørsmålet om retten var lovlig besatt, dels at forsikringen tidligere skulle avgis hver gang meddommeren gjorde tjeneste, og endelig at Høyesterett i nyere avgjørelser har lagt til grunn at ikke enhver feil knyttet til rettens sammensetning skal bedømmes som en absolutt saksbehandlingsfeil.
- (78) Disse reservasjonene er jeg enig i. Uansett mener jeg konsekvensene av en manglende fagdommerforsikring innenfor dagens prosessordning ikke uten videre kan bedømmes på samme måte som en manglende meddommerforsikring. Dette synspunktet støtter jeg på følgende:
- (79) Som det fremgår av den historiske bakgrunnen jeg har redegjort for innledningsvis, er dommereden – senere dommerforsikringen – blant de eldste tradisjoner i norsk prosessrett. Edsavleggelsen skulle skape notoritet og publisitet om lagrette- og domsmennenes høytidelige rolle, og mane dem som gjorde tjeneste, til skjerpet bevissthet om sitt ansvar som dommer, gjerne under påkallelse av hjelp fra høyere makter.
- (80) Det kan ikke være særlig tvil om at den forsikring fagdommeren i dag avgir etter domstoloven § 60, ligger fjernt fra dette. Slik forsikring avgis uten seremoni og uten vitner. Forsikringen er altså ikke lagt opp til å ha noen konstitutiv virkning, selv om den vel skal bidra til å markere viktigheten og høytideligheten ved dommerrollen.
- (81) En dommerforsikring avgis dessuten bare én gang i løpet av en dommerkarriere.
- (82) Feil som skal kunne tillegges virkning som ubetingede saksbehandlingsfeil, bør etter min oppfatning være av en slik art at de har potensial i seg til å få betydning for den sak som er til behandling. Innenfor dagens prosessordning bærer en manglende dommerforsikring ikke noe slikt potensial i seg. De dommere som til enhver tid tjenestegjør i norske domstoler, er erfarne og kvalifiserte jurister som gjennom utdanning og arbeid fullt ut er kjent med og har internalisert de plikter og prinsipper som gjelder for dommergjerningen, og som i dag er nedfelt domstoloven § 55 tredje ledd. Dommerforsikringens form og innhold gir ikke noe ekstra bidrag til at disse pliktene overholdes, og er derfor ikke egnet til å påvirke dommeratferd.
- (83) Etter dette kan jeg ikke se at noen rettssikkerhetsgarantier blir trådt for nær om manglende dommerforsikring ikke blir tillagt ubetinget virkning som saksbehandlingsfeil. Jeg finner det derfor klart at en fagdommers manglende avgivelse av dommerforsikring ligger utenfor hva som naturlig kan utgjøre en absolutt opphevelsesgrunn etter henholdsvis tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b og straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3. Denne konklusjonen har også støtte i juridisk teori, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2010, side 144.

- (84) Avslutningsvis vurderer jeg om denne tolkningen er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 om at enhver har rett til å få sin sak avgjort "ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov".
- (85) Ankende part har til støtte for sin anførsel om at manglende dommerforsikring er en absolutt opphevelsesgrunn, vist til EMDs avgjørelse 4. mars 2003 i sak Posokhov mot Russland. Avgjørelsen omhandler en straffesak som ble pådømt av et tribunal der funksjonstiden for de lekdømmerne som deltok var utløpt, og de i ettertid var blitt reoppnevnt med tilbakevirkende kraft.
- (86) Videre er det vist til EMDs avgjørelse 11. juli 2006 i sak Gurov mot Moldova. Saken gjaldt pådømmelse av et tribunal der det hadde deltatt en dommer som hadde fått sin funksjonstid forlenget i strid med nasjonale regler.
- (87) I begge sakene var spørsmålet om man ved bruk av dommere uten gyldig oppnevning hadde etablert en "domstol opprettet ved lov". Spørsmålet ble besvart benektende.
- (88) Jeg kan ikke se at disse avgjørelsene har betydning for lovtolkningen i vår sak. Avgjørelsene gjaldt situasjoner der dommerne manglet domsmyndighet fordi de var oppnevnt i strid med nasjonal rett. Jeg har tidligere konkludert med at det etter norsk rett ikke er et vilkår for å være dommer at det er avgitt dommerforsikring. EMK stiller heller ikke noe slikt krav. Domstolen er da "opprettet ved lov" i EMKs forstand.
- (89) Anken blir etter dette å forkaste.
- (90) Avgjørelsen har ikke voldt tvil. Begge parter har hatt fri sakførsel for Høyesterett. Sakskostnader tilkjennes derfor ikke.
- (91) Jeg stemmer for denne

#### K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
  2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (92) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (93) Dommer **Normann:** Likeså.
- (94) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (95) Dommer **Øie:** Likeså.

(96) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: