

# Uavhengige og upartiske domstoler og dommere

Av Ragna Aarli

Ragna Aarli (født 1965) er cand. philol. (1991), cand. jur. (1991) og ph.d. i rettsvitenskap (2009). Hun er professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen der hun leder forskergruppen for rettsstat. Hun var medlem av Domstolkommisjonen (2017-2020), er medlem av Ytringsfrihetskommisjonen og har publisert en rekke tekster om regulering av domstolenes tjenester overfor borgere i moderne samfunn.

## Sammendrag:

*Grunnloven § 95 annet ledd pålegger staten en plikt til å sikre uavhengige og upartiske domstoler og dommere. Artikkelen drøfter innholdet av sikringsplikten i lys av EMK artikkel 6 nr. 1 og ser nærmere på nasjonale utfordringer når det gjelder å styrke og bevare tilliten til at domstolene og dommere kan opptre uavhengig og upartisk. Fremstillingen kaster lys over Domstolkommisjonens forslag om et mer helhetlig grunnlovvern av domstolene og valgene staten står overfor når den dømmende makt skal rigges for fremtidens konflikter.*

**Nøkkelord:** dommer, dommerfullmektig, domstol, grunnlovsrevisjon, kollegial domstol, maktfordeling, saksfordeling, strukturell rettighet, uavhengighet, upartiskhet

## 1 Rettsstatens voktere

Ideen om rettsstaten finnes i flere ulike varianter.<sup>1</sup> Alle varianter inneholder krav om domstoler og dommere som er uavhengige og upartiske i sin dømmende virksomhet, og dette kan betraktes som en del av rettsstatsideologiens udiskutable kjerne.<sup>2</sup> Det er klart at uavhengige og upartiske domstoler og dommere er nødvendig for at rettferdige retterganger kan finne sted, men ikke like klart *hvordan* disse kravene skal eller bør sikres. Denne artikkelen gir en oversikt over sentrale institusjonelle og organisatoriske krav som kan utledes av sikringsplikten i Grunnloven § 95 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 og de særlige utfordringene med å sikre disse i Norge.<sup>3</sup>

Det er statens plikt å sikre menneskerettighetene i Grunnloven og i konvensjoner Norge har forpliktet seg til, jf. Grunnloven § 92. Sikringsplikten blir ofte forklart slik at det ikke bare dreier seg om fravær av statlige inngrep i borgernes liv, men også om statens positive plikter overfor borgerne. Relasjonen mellom stat og borger er ikke det eneste prismet som kan benyttes for studiet av menneskerettighetene. I teorien er uttrykket «strukturell rettighet» nylig lansert for å belyse at visse rettigheter kan utløse en plikt for staten til å

---

<sup>1</sup> Se om «Rechtsstaat», «Rule of Law», «l'Etat de droit» i Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press 2010 s. 312–341.

<sup>2</sup> Jf. Eivind Smith i «Dommerrekruttering og domstolenes uavhengighet», *Nytt Norsk Tidsskrift* 2017 s. 20–35, doi: 10.18261/issn.1891-1781-2017-01-03 på s. 20.

<sup>3</sup> Takk til Eirik Holmøyvik, Marius M. Kjølstad, anonym fagfelle og redaktørene i *Jussens Venner* for gode innspill til forbedring av teksten. I arbeidet har jeg også kunnet trekke veksler på forarbeid for Domstolkommisjonen gjort av Nils Asbjørn Engstad og Cecilie Østensen Berglund og på særlig relevante passasjer i NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt* ført i pennen av Terese Smith Ulseth og Kristina Vågen Fiskum.

utvikle eller endre institusjonelle ordninger, det vil si selve arkitekturen på rettsstaten.<sup>4</sup> De positive pliktene retter seg da mot statens styringsstruktur. Det blir gjerne pekt på retten til en uavhengig og upartisk domstol som det mest typiske eksemplet på en slik strukturell rettighet.<sup>5</sup> Fra et slikt perspektiv handler retten til å få en sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol om noe mer enn å sikre individers rettigheter i en konkret sak. Det handler om å etablere mekanismer for respekt, tillit og anerkjennelse av domstolene og dommerne som rettsstatens voktere, altså om den langsiktige *forvaltningen* av den dømmende makt. Det er dette perspektivet på retten til å få en sak behandlet av en uavhengig og upartisk domstol og dommere som skal belyses nærmere i denne artikkelen.

## 2 Aktualitet

Spørsmålet om hvordan kravene om uavhengige og upartiske domstoler og dommere best kan sikres er blitt aktualisert av to grunner. Den ene grunnen er at uavhengigheten til domstolene er under angrep i flere europeiske stater, som for eksempel i Polen og i Ungarn. I den årlige rapporten om rettsstatens stilling konstaterte EU-kommisjonen i 2021 at situasjonen med politisk press på rettsvesenet har forverret seg i flere medlemsstater.<sup>6</sup> Den andre grunnen er at Domstolkommisjonen i NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt* har foreslått en rekke endringer i nasjonale rettsregler for å styrke uavhengigheten til norske domstoler. Dette bakteppet for å ta opp temaet til diskusjon skal i det følgende utdypes noe mer før det gis en oversikt over den videre fremstillingen.

Det er kanskje ikke helt åpenbart hvorfor angrep på domstoler i land som Polen og Ungarn kan skape behov for en fornyet interesse om hvordan domstolenes uavhengighet er sikret her hjemme i Norge. En viktig grunn er at vi har rettsfellesskap med begge disse landene gjennom Europarådet og EØS-samarbeidet. Et nærmere blikk på utviklingen i Polen skal få illustrere hvordan angrep på domstoler i en stat vi har rettslig samarbeid med, kaster skygger inn i norsk rett.

Etter at Lov og Orden-partiet (PiS) i 2015 fikk flertall i begge kamrene i det polske parlamentet, er det blitt gjennomført en rekke lovendringer som har endret arbeidsvilkårene for domstoler og dommere på alle trinn i det polske domstolhierarkiet. Det har blant annet vært stilt krav om edsavleggelse foran den sittende presidenten som gyldighetskrav for dommere i konstitusjonsdomstolen, reduksjon i pensjonsalder for å kunne fornye dommerkorpset og endring i disiplinærordninger for dommere. Det er også utarbeidet en helt ny domstollov. I tillegg fikk justisministeren i en periode på seks måneder kompetanse til å avskjedige domstolledere og utpeke nye. EU-domstolen har behandlet en rekke saker om brudd på krav til uavhengige og upartiske domstoler i Polen.<sup>7</sup> TEU artikkel 7-prosedyren for å irettesette medlemsstater som opptrer i strid med grunnleggende krav til rettsstaten og som kan føre til delvis suspensjon av medlemskap i EU, ble for første gang anvendt mot Polen i 2017. Det kreves enstemmighet for vedtak som kan føre til sanksjoner. Så lenge Polen har en

---

<sup>4</sup> Se Mathieu Leloup, «The Concept of Structural Human Rights in the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2020 s. 480–501 og Ozan O. Varol, «Structural Rights», *Georgetown Law Journal*, 2017 s. 1001–1004.

<sup>5</sup> Leloup 2020 på s. 490.

<sup>6</sup> Se <https://ec.europa.eu/info/files/communication-2021-rule-law-report-rule-law-situation-european-union> s. 9–10, (besøkt 15. august 2021).

<sup>7</sup> Den 15. juli 2021 avsa storkammeret med avgjørelsen C-791/19 fellende dom over Polen for mangel på oppfyllelse av rettstatlige krav til domstolenes uavhengighet. Det ble konstatert brudd på TEU artikkel 19 (1), Charteret artikkel 47 og TFEU artikkel 267. Se for øvrig CJEU Joined Cases C-585/18, C-624/18 og C-625/18 og C-619/18 og C-182/18 (nedsettelse av pensjonsalder).

støttespiller i Ungarn, er det ingen utsikter for at artikkel 7-prosedyren kan føre frem. Polen og Ungarn vil dermed kunne fortsette å bidra til å forme premissene for regelutvikling i EU og dermed også for innholdet av EØS-forpliktelsene som gjelder i Norge.

De omfattende endringene i det polske domstolsystemet har også ledet en strøm av individklager mot Polen til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Et gjennomgående tema for klagesakene er at domstolene etter lovendringene i 2015 ikke oppfyller kravet i EMK artikkel 6 om å være «opprettet ved lov». En av sakene er henvist til direkte til storkammerbehandling.<sup>8</sup> De første avdelingsavgjørelsene er allerede avsagt. Den første, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. mot Polen*, gjaldt den polske konstitusjonsdomstolen.<sup>9</sup> Her ble det pekt på at en av dommerne var utnevnt av presidenten etter et nyvalg i parlamentet som var iverksatt for å erstatte dommere presidenten ikke ville utnevne, og at dette innebar et åpenbart brudd på ansettelsesreglene for dommere. EMD anså dette for å være til hinder for at domstolens kunne opptre uavhengig og upartisk. I *Reczkowicz mot Polen* kom EMD tilsvarende til at ansettelsesprosessen for dommere i disiplinæravdelingen i polsk høyesterett i en sak mot en advokat ikke tilfredstilte kravene til en domstol opprettet ved lov.<sup>10</sup> Angrepene på domstolens uavhengighet i Polen genererer for øyeblikket omfattende rettspraksis som bidrar til å avklare og forme innholdet av de institusjonelle kravene som stilles til statens domstoler i EMK artikkel 6 nr. 1. Siden EMDs autoritative fortolkning av EMK forplikter alle medlemsstater, også Norge, er det all grunn til å ha et våkent blikk på denne utviklingen.

En begrunnelse for å se nærmere på hvilke krav som kan utledes av sikringsplikten i Grunnloven § 95 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 er som nevnt også de nylig fremsatte reformforslagene fra Domstolkommisjonen.<sup>11</sup> Jeg var medlem av kommisjonen. Det store og komplekse bildet av organisatoriske krav, utfordringer og forslag til løsninger må i en liten artikkel som dette belyses av et utvalg av de mange spørsmålene som kravene om uavhengige og upartiske domstoler angår.<sup>12</sup> Et blikk på sentrale rettsgrunnlag og det komplekse rettskildebildet for rettsfeltet skal danne opptakt til dette (3). Videre klargjøres vilkårene uavhengig og upartisk (4), domstolbegrepet (5) og dommerrollen (6). Artikkelen vil deretter belyse noen av de mest aktuelle utfordringene for uavhengighet i eksterne relasjoner mellom domstolene og andre statsmakter (7) og for uavhengighet i interne relasjoner i domstolene (8). Fremstillingen gir grunnlag for en avsluttende refleksjon om veivalgene som må tas for den dømmende makt (9).

## 3 Rettskildebildet

### 3.1 Grunnloven

Grunnloven er det trinnhøyeste rettsgrunnlaget i Norge. Som de fleste andre europeiske konstitusjoner inneholder den i all hovedsak dels kompetanseregler for fordeling av statsmakt

---

<sup>8</sup> Grdżęda mot Polen (43572/18).

<sup>9</sup> *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. mot Polen* (4907/18), dom 7. mai 2021.

<sup>10</sup> *Reczkowicz mot Polen* (43447/19), dom 22. juli 2021.

<sup>11</sup> Det vises til NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt. Domstolene i endring*, særlig del III Forvaltning av uavhengige domstoler.

<sup>12</sup> For en mer uttømmende gjennomgang av internasjonale krav til domstolens uavhengighet, vises det til temarapporten «Menneskerettslige rammer for domstolens uavhengighet» fra Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM), utarbeidet på oppdrag fra Domstolkommisjonen, tilgjengelig som digitalt vedlegg til NOU 2020:11, her:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/367acaf16a2941bfaf5e3b1ae7bfe95f/no/sved/01.pdf>.

og dels rettighetsbestemmelser for individer, fordelt på ulike kapitler.<sup>13</sup> Internasjonale krav som gjelder institusjonelle ordninger og organisering av domstoler har ingen forrang for disse bestemmelsene. Grunnloven gir derfor et sentralt utgangspunkt for vurderingen av institusjonelle og organisatoriske krav til domstolene. Stort mer enn et utgangspunkt gir Grunnloven likevel ikke. Kapittel D gir et temmelig fragmentarisk bilde av den dømmende makt og rammevilkårene for denne.

Det rettsstatlige kravet om uavhengige og upartiske domstoler og dommere kommer derimot klart til uttrykk i den relativt nye katalogen av menneskerettigheter i kapittel E, i § 95. Første ledd i bestemmelsen gir uttrykk for den subjektive retten til å få en sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol og er utformet med EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 som forbilde.<sup>14</sup> Sikringsplikten står som allerede nevnt i annet ledd, og det er denne som gir grunnlag for å oppstille objektive krav til staten om å organisere domstolene på bestemte måter, både i relasjon til andre statsmakter og innad.

Kompetansereglene for den dømmende makt er samlet i kapittel D. Kapitlet konstituerer domstolmakten, som holdes atskilt fra den utøvende makten i kapittel B og den lovgivende makten i kapittel C. Den formelle fordelingen av makt på tre ulike myndigheter gir for så vidt et godt utgangspunkt for uavhengighet og upartiskhet på det konstitusjonelle planet. Det samme gjør den konkrete retten og plikten domstolene er gitt i § 89 til å prøve anvendelse av lovbestemmelser og andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet mot Grunnloven eller landets lover. Denne bestemmelsen ble endret i 2020, blant annet for å få tydelig frem at prøvingsretten omfatter legalitetskontroll av forvaltningsvedtak.<sup>15</sup> Prøvingsretten forutsetter uavhengighet fra de statsmaktene som overprøves. Noe klart uttrykk for at den dømmende makt skal ha en uavhengig og upartisk stilling og være unndratt instruksjonsmyndighet fra andre statsmakter gis likevel ikke i kapittel D.<sup>16</sup>

Kapitlet om den dømmende makt innledes i § 87 med å peke ut Riksretten som domstol for anklager om brudd på konstitusjonelle plikter. Riksretten er en særdomstol, jf. domstolloven § 2 første ledd nr. 5. Av de alminnelige domstolene i Norge omtaler Grunnloven bare Høyesterett. Formuleringen om at «Høyesterett dømmer i siste instans» i § 88 forutsetter imidlertid at det finnes et domstolhierarki. Det er klart at også tingrettene og lagmannsrettene er en del av den dømmende makt selv om disse domstolene ikke er uttrykkelig nevnt.

Kapitlet om den dømmende makt er også nokså begrenset i sin beskrivelse av hvilke oppgaver denne statsmakten har og hva som er arbeids- og ansettelsesvilkårene for personer som ivaretar dømmende funksjoner. Stillingsvernet for dommere fremgår ikke her selv om dette opprinnelig var foreslått, men av bestemmelsen om stillingsvern for embetsmenn i Grunnloven § 22, i kapitlet om den utøvende makt. Embetsmenn har vern mot avskjed uten etter dom før aldersgrense fastsatt ved lov er nådd, og et vern mot forflytning. Særegent for dommere er forbudet i § 22 tredje ledd annet punktum mot å utlyse dommerstillinger som åremålsstillinger.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Dette gjelder konstitusjonene til alle medlemsstater i Europarådet med unntak for San Marino, Østerrike og Storbritannia, jf. Leloup 2020 fotnote 23. Grunnloven inneholder også flere pliktregler for myndighetene, som for eksempel pålegget i § 54 om å holde valg hvert fjerde år.

<sup>14</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) *Rapport fra menneskerettsutvalget* s. 121 flg.

<sup>15</sup> Se Dokument 12:19 (2015–2016) og Innst. 258 S (2019–2020).

<sup>16</sup> I Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 123 er det pekt på at kravet om uavhengige domstoler kan *innfortolkes* i Grunnloven § 88 og § 90 og selve matkfordelingslæren, samt i § 96 første ledd og kravet om likhet for loven i § 98.

<sup>17</sup> Domstolkommisjonen har ikke ansett bestemmelsen til hinder for at ansettelse i domstollederfunksjon kan skje ved åremål så lenge dommerstillingen er fast, se NOU 2020: 11 s. 149–152.

Sammenliknet med den utøvende og lovgivende makt er det liten tvil om at den dømmende makt er stemoderlig behandlet i Grunnloven. Til gjengjeld er statens plikt til å sikre sine borgere rettergang for uavhengige og upartiske domstoler og dommere solid forankret i internasjonal rett.

### 3.2 Internasjonale konvensjoner

Retten til å få en sak avgjort av uavhengige og upartiske domstoler er vernet av flere internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Sentralt for norsk rett står EMK artikkel 6 nr. 1 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 1. Begge disse konvensjonene er inkorporert slik at de gjelder som norsk lov og skal ved motstrid gis forrang for annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Størst praktisk betydning har EMK fordi EMD er en aktiv og dynamisk fortolker av rettighetens innhold gjennom individklageretten.

EU-domstolen er en tilsvarende dynamisk rettsutvikler som EMD. Domstolens avgjørelser er ikke bindende for Norge, men kan likevel stå sentralt i rettskildebildet ved avgjørelse av rettsspørsmål for norske domstoler. Dette er en konsekvens av EØS-avtalen som er gjennomført ved lov.<sup>18</sup> I traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 2 er rettsstaten angitt som en del av det felles verdigrunnet for medlemsstatene. I EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 47 er også enhver gitt rett til en rettferdig rettergang for en uavhengig og upartisk domstol. Når TEU artikkel 19 nr. 1 pålegger medlemsstatene en plikt til å gi adgang til domstolsprøvelse for å sikre effektiv rettsbeskyttelse på områder som er beskyttet av EU-retten, er det tale om en uavhengig og upartisk domstol i Charterets forstand. EU-retten fortolkes både av EU-kommisjonen og EU-domstolen som har tatt standpunkt i flere saker som gjelder mulige brudd på kravene til uavhengige og upartiske domstoler. EMD betrakter EU-retten som relevant ved tolkningen av om et EFTA-medlem har oppfylt kravene til uavhengige og upartiske domstoler i EMK artikkel 6.<sup>19</sup> Norske rettsanvendere kan med andre ord ikke lukke øynene for hva som er unionens forståelse av hva en uavhengig og upartisk domstol er.<sup>20</sup> I denne gjennomgangen av krav til organisering av domstolene, vil derfor også eksempler fra EU-domstolen bli trukket inn.

### 3.3 Nasjonal lovgivning

Ved utarbeidelsen av katalogen av menneskerettigheter i Grunnlovens kapittel E pekte menneskerettighetsutvalget på at «[h]vordan uavhengighet og upartiskhet for domstolene skal sikres, må avgjøres av de politiske myndigheter gjennom en mer detaljert regulering enn det Grunnloven kan gi plass til».<sup>21</sup> Utfyllende lovgivning om hvordan domstolene skal være organisert og hvordan dommere nærmere skal frem for å kunne gi partene en rettferdig rettergang er særlig gitt i domstoloven, tvisteloven og straffeprosessloven. I domstoloven § 1 er det presisert at hierarkiet av «alminnelige domstoler» består av tingretter, lagmannsretter og Høyesterett. Domstoloven inneholder blant annet også regler om den sentrale Domstoladministrasjonen, regler for dommeransettelser og om klage- og disiplinærsystemet som gjelder for dommere.

---

<sup>18</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>19</sup> Se Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (26374/18), storkammerdom 1. desember 2020 avsnitt 130–139.

<sup>20</sup> Se nærmere Panagiotis Zinonos, «Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice», *European Public Law* 2019 s. 615–636.

<sup>21</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 124.

Annen lovgivning gir også institusjonelle føringer for domstolenes og dommernes stilling i statens styringsapparat. Av trygderettsloven § 26 første ledd fremgår det for eksempel at det domstolliknende forvaltningsorganet erstatter tingrettens funksjon slik at Trygderettens avgjørelser kan ankes direkte til lagmannsretten.<sup>22</sup> Et annet eksempel er riksrettsrettergangsloven som i §§ 30–33 legger ansvaret for å undersøke om det er grunnlag for å ta ut tiltale for riksrett til en uavhengig Ansvarskommisjon som oppnevnes av, trer i virksomhet etter anmodning fra, og rapporterer til Stortinget.<sup>23</sup>

Alminnelig lovgivning er et fleksibelt verktøy som kan være bedre egnet enn Grunnloven til å sikre organisatoriske krav knyttet til retten til å få en sak avgjort av uavhengige og upartiske domstoler og dommere. Det gjelder både der det er stor politisk uenighet om hva som egentlig skal sikres og der det ikke er klart hva som vil være den beste ordningen.

### 3.4 Internasjonale anbefalinger og sammenlikninger

Det finnes en rekke internasjonale anbefalinger med «*soft law*-status» – det vil si at de ikke utløser juridiske plikter – utviklet innenfor FN, Europarådet og EU. Selv om disse tekstene ikke er juridisk forpliktende, er de instrumenter av stor betydning for vurdering av *behovet* for endringer på strukturelt nivå og slike tekster kan ha rettskildemessig betydning som tolkningsbidrag i saker der retten til uavhengig og upartisk domstolsbehandling hevdes å være krenket. Et historisk viktig dokument er «Basic Principles on the Independence of the Judiciary» som ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1985. Det har kommet til nyere og mer utfyllende retningslinjer med større betydning i praksis. Innenfor Europarådet har for eksempel både Ministerkomiteen,<sup>24</sup> Venezia-kommisjonen<sup>25</sup> og the Consultative Council of Judges (CCJE)<sup>26</sup> utviklet mer detaljerte retningslinjer for tolkning av kravet om uavhengige og upartiske domstoler. Europarådets rettsavdeling har også utarbeidet et «European Charter on the statute for judges» med retningslinjer.<sup>27</sup> EMD benytter alle disse ulike retningslinjene aktivt som tolkningsbidrag ved tolkningen av konvensjonsretten.<sup>28</sup>

Det kan også være grunn til å være oppmerksom på at det har vokst frem en tradisjon for å sammenlikne domstolsystemer basert på kvantitative og kvalitative «indikatorer» som betraktes som mål på om domstolene kan anses som uavhengige og ansvarlige aktører i samfunnet. En slik kvantitativ indikator er for eksempel tiltro-undersøkelser som måler befolkningens tiltro til domstolene sammenliknet med andre sentrale samfunnsinstitusjoner.<sup>29</sup> Kvalitative indikatorer er for eksempel rettsgrunnlag som sikrer domstolene uavhengighet,

---

<sup>22</sup> Lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten (trygderettsloven).

<sup>23</sup> Lov 5. februar 1932 nr. 2 om rettergangs måten i riksrettssaker (riksrettsrettergangsloven).

<sup>24</sup> Rec (1994)12 On the independence, efficiency and role of judges og Rec (2010)12 On judges: independence, efficiency and responsibilities.

<sup>25</sup> Se særlig Report on Judicial Appointments (2007), CDL-AD(2007)028, Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010), CDL-AD(2010)004 og Rule of Law Checklist CDL-AD(2016)007rev. kapittel E.

<sup>26</sup> Se særlig The Magna Carta for Judges (Fundamental Principles) 2010 og Opinion No. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges.

<sup>27</sup> European Charter on the statute for judges (DAJ/DOC (98)23).

<sup>28</sup> Se for eksempel Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island avsnitt 221 og Oleksandr Volkov mot Ukraina (21722/11), dom 9. januar 2013 avsnitt 109, 112 og 113.

<sup>29</sup> Se om Ipsos tiltroundersøkelse for 2020 på <https://www.domstol.no/nyheter/hoy-tiltro-til-domstolene/> (besøkt 15. august 2021).

rutiner for tilfeldig fordeling av saker mellom dommere, substansiell representasjon av dommere i administrative organer med myndighet til å ansette eller holde dommere ansvarlige m.m. Jevnlige sammenlikninger av hvilke utslag den enkelte stat får på de ulike indikatorene kan nok ha en viss normerende kraft over tid. Gjennom European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) arbeider for eksempel Europarådet systematisk med å sammenlikne domstolsystemer. CEPEJ utdeler hvert år prisen «Crystal Scales of Justice» til en innovativ praksis som kan forbedre domstolene på en forbilledlig måte for europeiske land. Norge mottok denne prisen for vitnestøtteordningen i 2017.<sup>30</sup> Tilbudet om personlig støtte til den som skal vitne i retten, basert på frivillig innsats, er ansett som et forbilde til etterfølgelse for andre land. Innenfor EU arbeider også European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) systematisk med å utvikle felles retningslinjer for å sikre uavhengige domstoler.<sup>31</sup> Norge er ikke medlem av ENCJ, men har observatørstatus i organisasjonen. Ethiske retningslinjer for dommere, utviklet av dommerne selv, kommer i tillegg til initiativene fra de nevnte organisasjonene.<sup>32</sup>

Det er uklart om det egentlig finnes en felleseuropeisk *teori* om hva som er domstolenes legitime rolle i det statlige styringssystemet. Noen hevder at dette er en myte.<sup>33</sup> Det er et faktum at en rekke ulike institusjonelle løsninger for domstoler, og for dommerrekruttering, sameksisterer i Europa. Per i dag er det ikke mulig å peke ut én idealmodell. Det omfattende felleseuropeiske rettskildematerialet gir heller ikke noe klart svar på hvilke relasjoner som kan være tillatt eller på hvilke strukturelle tiltak som *må* gjennomføres for å sikre uavhengige domstoler. Både EMD og EU-domstolen har imidlertid gitt føringer for dette i sin behandling av enkeltsaker. Praksis fra disse domstolene bidrar utvilsomt til å harmonisere domstolers og dommers rolle i europeiske land. Dette vil bli nærmere belyst i punktene 7–8 nedenfor.

### 3.5 Domstolkommisjonens forslag til lovreform

Domstolkommisjonen forslag til endringer av Grunnlov og lov for å styrke domstolenes uavhengighet må betraktes i lys av rettskildebildet som er skissert ovenfor. Det er kanskje ikke overraskende at kommisjonen har foreslått en redaksjonell bearbeiding og materiell utvidelse av kapittel D for at den dømmende makt skal få et mer helhetlig grunnlovsværn. Argumentasjonen om at plikten til å sikre domstolenes og dommernes uavhengighet bør komme klart til uttrykk i dette kapitlet, ikke bare i kapittel E og B, er neppe kontroversiell. Det samme gjelder forslaget om å gi domstolhierarkiet, det vil si også lagmannsrettene og tingrettene, forankring i Grunnloven. Kommisjonen har videre foreslått å grunnlovfeste et øvre tak på antall dommere i Høyesterett og pensjonsalder for dommere.<sup>34</sup> Disse forslagene omtales nærmere nedenfor i punkt 7.3 og må betraktes i lys av den ovenfor omtalte urovekkende europeiske rettsutviklingen.

---

<sup>30</sup> Se nærmere begrunnelse og om konkurrerende tiltak på <https://www.coe.int/en/web/cepej/events/crystal-scales-of-justice-prize/2017> (besøkt 15. august 2021).

<sup>31</sup> Se for eksempel ENCJ's Sofia Declaration On judicial independence and accountability (2013).

<sup>32</sup> The Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002).

<sup>33</sup> Daniel Smilov, «EU Enlargement and the Constitutional Principle of Judicial Independence. The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders», i Wojciech Sadurski, Adam Czarnota, Martin Krygier (red.), *Spreading Democracy and the Rule of Law?*, Springer 2006 s. 313–334 på s. 316 flg.

<sup>34</sup> Se NOU 2020: 11 s. 212–231.

Av særlig betydning for denne artikkelen er forslagene som dreier seg om å gi et uavhengig råd for innstilling til dommeroppnevninger og en uavhengig Domstol-administrasjon forankring i Grunnloven. Disse forslagene presiserer innholdet i sikringsplikten i Grunnloven § 95 tredje ledd i form av *institusjonelle tiltak* som i dag bare er forankret i alminnelig lovgivning. Forslagene til de to nye bestemmelsene er i tråd med norsk grunnlovstradisjon utformet i knappe, generelle ordelag som i bokmålsversjonen lyder slik:<sup>35</sup>

«Dommere utnevnes av Kongen etter innstilling fra et uavhengig råd. Nærmere bestemmelser om dommerutnevninger fastsettes ved lov».

Og slik:

«Statens myndigheter skal sikre en uavhengig administrasjon av domstolene».

Domstolkommisjonen har videre foreslått en rekke forslag til endringer av domstolloven som vil bidra til presisere innholdet av sikringsplikten for uavhengige og upartiske domstoler og dommere. Noen av disse forslagene til lovreform skal belyses nærmere nedenfor. Et spørsmål leseren bør reflektere over underveis er om forslagene til reform av Grunnlov og lov er nødvendige og tjenlige tiltak for å sikre uavhengige og upartiske domstoler og dommere i rettsstaten Norge. For at leseren skal ha et grunnlag for å kunne ta selvstendig stilling til dette, må innholdet i vilkårene uavhengig og upartisk og nøkkelbegrepene domstol og dommer først avklares nærmere.

## 4 Vilkårene uavhengig og upartisk

### 4.1 Fravær av relasjoner

Uavhengig og upartisk er to ulike uttrykk for et *fravær av relasjoner*. Det lar seg ikke gjøre å trekke noe skarpt skille mellom hvilke relasjoner som utelukkes av kravet om at saksbehandlingen skal være uavhengig og kravet om at saksbehandlingen skal være upartisk.<sup>36</sup> Både uavhengighet og upartiskhet er *institusjonelle* krav til domstolen. EMD har uttrykkelig presisert at disse kravene må ses i sammenheng med kravet om at domstolen må være «opprettet ved lov». I storkammeravgjørelsen *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* formulerte EMD seg slik om disse sammenhengene:<sup>37</sup>

«Although the right to a ‘tribunal established by law’ is a stand-alone right under Article 6 § 1 of the Convention, a very close interrelationship has been formulated in the Court’s case-law between that specific right and the guarantees of ‘independence’ and ‘impartiality’.

[...] Accordingly, while they each serve specific purposes as distinct fair trial guarantees, the Court discerns a common thread running through the institutional requirements of Article 6 § 1, in that they are guided by the aim of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers. The Court notes that the need to maintain

<sup>35</sup> Det uavhengige rådet for innstilling til dommeroppnevning er foreslått forankret i § 90 første ledd. Den uavhengige administrasjonen av domstolene er foreslått forankret i § 91 eller § 91a, avhengig av om forslaget til flytting av innhold av nåværende innhold av § 91 til § 88 følges opp.

<sup>36</sup> Jf. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 455.

<sup>37</sup> Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island avsnitt 219–222.



public confidence in the judiciary and to safeguard its independence *vis-à-vis* the other powers underlies each of those requirements [...] »<sup>38</sup>

I alle tilfeller handler disse institusjonelle vilkårene om å unngå illegitim påvirkning på det som er domstolenes kjerneoppgave – den dømmende virksomheten. Verken utøvende eller lovgivende myndighet eller andre samfunnsaktører skal kunne instruere eller legge press på domstolene i saksbehandlingen eller på enkelte dommer for å oppnå et bestemt utfall i en sak. Internt i domstolen skal domstolleder eller dommerkolleger heller ikke kunne instruere eller legge press på dommeren som har saken til behandling. Selv om kravene om uavhengighet og upartiskhet kan overlappe, er kjerneområdet for hvilke relasjoner som rammes av de to lovvilråene i Grunnloven § 95 tredje ledd noe forskjellig.

## 4.2 Uavhengig saksbehandling

Kravet om *uavhengig* saksbehandling dreier seg i sin kjerne om relasjoner på et mer overordnet, institusjonelt plan og peker mot selve rettsstatens arkitektur og ordningen med maktfordeling. I EMDs praksis blir det særlig pekt på behovet for distanse til den utøvende myndigheten og partene.<sup>39</sup> Det er samtidig ingen tvil om at kravet om uavhengighet også gjelder relasjonen til lovgivende myndighet og innad i domstolen.<sup>40</sup> Foruten å sette forbud mot direkte instruksjon fra andre statsmakter legger kravet om uavhengig saksbehandling føringer for organiseringen av den dømmende makt for å motvirke utilbørlig press. Vi skal i punkt 7 se at kravet om uavhengighet blant annet gir føringer for gjennomføringen av ansettelsesprosesser, for fastsettelse og endring av arbeidsvilkår og lønn, for organisering av disiplinærreaksjoner og avskjed av dommere og for finansieringen av domstoler på et mer overordnet plan. I punkt 8 skal vi se at kravet om uavhengig saksbehandling i domstolene også gir føringer for hva som er legitime former for domstolledelse, for bruk av fullmektiger til å utøve dommertjeneste på vegne av domstolleder og for fordeling av saker mellom dommere innenfor domstolen.

## 4.3 Upartisk saksbehandling

Kravet om upartisk saksbehandling handler i sin kjerne om fravær av bindinger til noen av partene og er gjerne mer konkret knyttet til den enkelte sak.<sup>41</sup> Det kan også handle om personlige interesser i saksutfallet og om at forhåndsstandpunkt ikke er tatt. Illustrerende er plenumsavgjørelsen Rt. 2007 s. 705 der det ble konkludert med at elleve høyesterettsdommere av ulike grunner måtte vike sete som inhabile til å behandle spørsmål om enkelte bestemmelser i tomtefesteloven var i strid med Grunnloven.

EMD har fortolket upartiskvilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1 ved hjelp av en subjektiv og en objektiv test.<sup>42</sup> Under den subjektive testen blir det vurdert om dommeren faktisk er påvirket. Under den objektive testen blir det vurdert hvordan saksbehandlingen ser ut fra utsiden, for

---

<sup>38</sup> Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island avsnitt 232-233.

<sup>39</sup> Se for eksempel Maktouf og Damjanović mot Bosnia og Herzegovina (2312/08 og 34179/08), storkammerdom 18. juli 2003 avsnitt 49.

<sup>40</sup> Om uavhengighet fra lovgivende myndighet, se Crociani m.fl. mot Italia (8603/79 og 3 flere), kommisjonens avvísingsavgjørelse 18. desember 1980. Om uavhengighet innad i domstolsystemet, se punkt 5 nedenfor.

<sup>41</sup> Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 455.

<sup>42</sup> Morice mot Frankrike (29369/10), storkammerdom 23. april 2015 avsnitt 73–78.

sakens parter og samfunnet for øvrig. Et eksempel er *Kinsky mot Tsjekkia*.<sup>43</sup> Saken dreide seg om Kinskys rett til å få tilbakeført familieeiendom som var blitt konfiskert av myndighetene under det kommunistiske regimet. En rekke politikere hadde kritisert domstolene for å gi saksøkere medhold i denne typen krav og justisdepartementet hadde fulgt domstolenes behandling av sakstypen tett. EMD ga klager medhold i at domstolen ikke oppfylte den objektive testen for upartiskhet.

#### 4.4 Lovvilkårene er kontekstavhengige

Internasjonale konvensjoner oppstiller visse minstestandarder for kravene om uavhengighet og upartiskhet, men det er åpenbart tale om vilkår som må vurderes i en nasjonal kontekst. Hvilke relasjoner domstolene og dommere *ikke* kan ha, varierer med hvordan domstolene er rigget, hvilke nettverk dommere inngår i, hva som er faktisk mulig og internasjonal rettsutvikling.<sup>44</sup> For å kunne forebygge krenkelser av kravene om uavhengig og upartisk saksbehandling, må den enkelte stat kontinuerlig vurdere hvilke relasjoner domstolene og dommerne inngår i og om det finnes tilstrekkelige mekanismer til å motvirke utilbørlig påvirkning i disse.

### 5 Domstolbegrepet

#### 5.1 Et organ med dømmende funksjon

Ordet «domstol» brukes i to ulike betydninger i Grunnloven. I kompetansereglene i kapittel D er det en *formell* betegnelse på organer som tilhører den dømmende makt. I rettighetskatalogen i kapittel E er det en *funksjonell* betegnelse på organer som utfører dømmende oppgaver. En uavhengig og upartisk «domstol» i kapittel E er dermed ikke nødvendigvis en del av «den dømmende makt» i kapittel D. Den funksjonelle betydningen av domstolbegrepet i Grunnloven § 95 må forstås i lys av forbildet og forpliktelsene i internasjonale konvensjoner. Både EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 anvender uttrykket «tribunal» for domstol.<sup>45</sup> EMD fortolker dette uttrykket autonomt og dynamisk. Et tribunal er karakterisert av sin dømmende virksomhet,<sup>46</sup> og trenger ikke å være en del av statens «standard judicial machinery».<sup>47</sup> Staten skal ikke kunne senke kravene til rettssikkerhet i saksbehandlingen ved å kalle organet for en «nemnd» eller et «utvalg». Avgjørende for hvilke krav som kan stilles, er om organet ivaretar en dømmende funksjon i staten.

I *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* utdypet EMD blant annet innholdet av uttrykket «tribunal».<sup>48</sup> Bakgrunnen for saken var opprettelsen av et nytt formelt nivå i det islandske domstolhierarkiet, en anke-domstol tilsvarende lagmannsretten. Det nye domstolsnivået skulle besettes med 15 dommere, oppnevnt av Alltinget etter forslag fra Justisministeren, basert på innstilling fra et uavhengig innstillingsråd. Justisministeren fremmet bare 11 av de 15 kandidatene som var innstilt, og la til fire kandidater utenfor listen.

<sup>43</sup> *Kinsky mot Tsjekkia* (42856/02), dom 9. mai 2012, se særlig avsnitt 86–99.

<sup>44</sup> Jf. Jørn Øyrehagen Sunde, «Dommarar og domstolanes sjølvstende – eit evig aktuelt tema», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2012 s. 491–520 på s. 493.

<sup>45</sup> Se Dok. 16 (2011–2012) s. 123–124.

<sup>46</sup> *Coëme m.fl. mot Belgia* (32492/96 og 4 flere), dom 22. juni 2000 avsnitt 99.

<sup>47</sup> Se *Olujic mot Kroatia* (22330/05), dom 5. februar 2009 avsnitt 37.

<sup>48</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* avsnitt 219–222.

Ástráðsson var blitt straffedømt av en av de fire som var plukket utenfor listen og hevdet at hans rett til en rettferdig rettergang var krenket. EMDs storkammer sluttet seg enstemmig til dette.

EMD pekte for det første på at «tribunal» ikke er et formelt, men et funksjonelt begrep. Utgangspunktet er at alle organer som ivaretar dømmende oppgaver, det vil si treffer avgjørelse om rettigheter og plikter, må anses som domstoler. Men et tribunal må også tilfredsstillende en rekke andre krav, herunder uavhengighet og upartiskhet. Uavhengighet og upartiskhet er med andre ord *iboende* kvaliteter ved en domstol. Finnes ikke disse kvalitetene, er det ingen domstol i rettsstatlig forstand. Endelig ble det pekt på at dommerne som tjenestegjør i domstolen må være ansatt «on the basis of merit», det vil si på grunnlag av kvalifikasjoner. Kvalifikasjonene ble nærmere forklart som «technical competence and moral integrity to perform the judicial functions required of it in a State governed by the rule of law».<sup>49</sup> En domstol i EMDs forstand er dermed også kjennetegnet av at den har dommere som er kvalifisert til å utøve dommergjerningen i samsvar med gjeldende krav til rettsstaten.

Den funksjonelle fortolkningen av domstolbegrepet har betydning for virkeområdet for kravene til uavhengighet og upartiskhet i Grunnloven § 95.<sup>50</sup> Domstolliknende forvaltningsorganer som Trygderetten og Konkurransklagenemnda, som erstatter tingrettsbehandling, må eksempelvis anses som domstoler innenfor rammen av Grunnloven § 95, selv om disse organene ikke formelt inngår i den dømmende makt. Det betyr at krav som kan utledes av retten til å få avgjort en sak av en uavhengig og upartisk domstol, for eksempel regler om domstolens sammensetning eller prinsipper for saksfordeling, også må kunne påberopes ved saksbehandling innenfor disse og tilsvarende organer utenfor den dømmende makt.

Dersom det er behov for å styrke den uavhengige stillingen til domstoler som faller inn under Grunnlovens kapittel D, kan det også stilles spørsmål ved om uavhengigheten til forvaltningsorganer som fungerer som domstoler er tilstrekkelig. Domstolkommisjonen har anbefalt å rendyrke funksjonen til ankesdomstolen til å overprøve, ikke omprøve avgjørelser fra tingrettene. I lys av dette har kommisjonen også foreslått at alle saker skal måtte bringes inn for tingrettene i første instans.<sup>51</sup> Dette vil kunne klargjøre skillet mellom institusjonelt uavhengige forvaltningsorganer som er opprettet for å gi en særlig betryggende saksbehandlingsprosess, og den dømmende makt.

## 5.2 Fagdommere og lekdommere

Etter norsk lov må minst én fagdommer delta i pådømmelsen av en sak som behandles av de alminnelige domstolene, enten det dreier seg om en sivil tvist eller straffesak. Dette må være en embetsmann som er tilsatt av Kongen, jf. Grunnloven § 21, eller en dommerfullmektig som dommer på fullmakt fra en dommer, jf. domstoloven § 23 annet ledd. Det følger videre av loven at dommere «bør» tilfredsstillende «høye krav til faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper» og «bør rekrutteres blant jurister med forskjellig fagbakgrunn», jf. domstoloven § 55 annet ledd.

Kvalifikasjonskravet til dommere som utledes av vilkåret «tribunal» i EMK artikkel 6 er imidlertid ikke til hinder for at personer uten formell juridisk utdanning kan ha domsmyndighet alene eller i et dommerpanel der også fagdommere deltar. En stat trenger både tid og ressurser for å bygge opp et utdanningssystem som kvalifiserer tilstrekkelig antall personer til å dekke samfunnets behov for konfliktløsning og straffesakshåndtering. Av

---

<sup>49</sup> Se avsnitt 220.

<sup>50</sup> Se tilsvarende Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 453.

<sup>51</sup> Se NOU 2020: 11 s. 336.

ressurshensyn benytter flere land lekdommere i førstelinje som konfliktløsere. Forlikrådene som ikke regnes som «alminnelige domstoler», men meklingsinstitusjoner med begrenset domsmyndighet i sivile saker, er eksempler på dette fra vårt system.<sup>52</sup> I flere andre land benyttes såkalte «fredsdommere» til å bilegge tvister eller treffe avgjørelse om bøter i mindre alvorlige straffesaker.<sup>53</sup>

Også andre grunner enn ressurshensyn kan begrunne at domstolen settes med dommere som ikke er juridisk skolerte. I straffesaker begrunner for eksempel det demokratiske prinsippet om å «dømmes av likemenn» utstrakt bruk av lekdommere i mange land.<sup>54</sup> EMD har uttalt at nasjonalstaten står fritt til å rigge domstolene med jury, der lekdommere alene avgjør skyldspørsmålet, så lenge saksbehandlingen for øvrig fyller de saksbehandlingskravene som uttrykkelig gis i EMK.<sup>55</sup> Det er en forutsetning at staten har etablert en forsvarlig ordning for (tilfeldig) utvelgelse av lekdommere til den enkelte saken, og at denne er fulgt. I saken *Posokhov mot Russland* fikk klager medhold i at domfellelsen for å ha misbrukt stillingen som toller til å tillate vodkasmugling ikke var truffet av en domstol.<sup>56</sup> Avgjørelsen var truffet av to lekdommere som ikke var blitt trukket ut til å pådømme straffesaken mot ham slik russisk lovgivning krevde.

Behovet for særlig sakkunnskap på et felt kan også begrunne bruk av sakkyndige uten juridisk utdanning i et dommerpanel. Det synes like fullt å være en utbredt oppfatning om at fagdommere har oppøvet en særlig evne til å opptre uavhengig og upartisk i konfliktbehandling sammenliknet med andre profesjonsgrupper. I en disiplinærsak der et panel sammensatt av leger og juridiske dommere hadde inndratt yrkesbevillingen til tre leger, ga EMD uttrykk for at det i seg selv er en sterk indikator på at et organ er uavhengig dersom minst halvparten av medlemmene, inkludert leder med dobbeltstemme, er fagdommer.<sup>57</sup>

### 5.3 Opprettet ved lov

EMK artikkel 6 nr. 1 krever at domstoler skal være «opprettet ved lov». Kravet gjelder ikke bare domstolen som statsorgan, men også sammensetningen av domstolen i den enkelte sak.<sup>58</sup> Dette var en av hovedproblemstillingene i den foran omtalte storkammeravgjørelsen *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island*. Ástráðsson ble straffedømt av et dommerpanel hvor en dommer var ansatt etter en feilaktig prosedyre. EMD dømte Island for å ha krenket Ástráðssons rett til å få behandlet straffesaken sin for en domstol «opprettet ved lov», jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Av særlig interesse i denne sammenhengen, er den nye terskelvurderingen EMD anvendte for å avgjøre om det forelå brudd på vilkåret «domstol opprettet ved lov».<sup>59</sup> Det tidligere unyanserte kravet om «åpenbart brudd» («flagrant breach») på nasjonale regler for å konstatere krenkelse av vilkåret «opprettet ved lov» ble dermed forlatt.

EMDs terskelvurdering bestod av tre steg og handlet om å balansere de motstridende interessene knyttet til en mulig konstatering av krenkelse av lovskravet. Det ble vist til at

---

<sup>52</sup> Jf. domstolloven § 1 andre ledd.

<sup>53</sup> Eksempelvis i England og Wales, Belgia og Spania.

<sup>54</sup> For en komparativ oversikt over bruk av jury som beslutningsorgan, se NOU 2011: 13 Juryutvalget s. 47–64.

<sup>55</sup> Ses storkammeravgjørelsen *Taxquet mot Belgia* (926/05), dom 16. november 2010.

<sup>56</sup> Se *Posokhov mot Russland* (63486/00), dom 4. mars 2003 avsnitt 43.

<sup>57</sup> Jf. plenumsavgjørelsen *Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia* (6878/75 og 7238/75), dom 23. juni 1981 avsnitt 57–58.

<sup>58</sup> Jf. *Oleksandr Volkov mot Ukraina* avsnitt 151.

<sup>59</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* avsnitt 235–252.

hensynet til maktfordeling, uavhengighet og legitimitet for domstolene ikke var de eneste rettsstatlige prinsippene som stod på spill i saken. Rettssikkerhetsgarantiene knyttet til rettskraften til dommer og prinsippet om uavsettelige dommere talte med tyngde mot at mangler ved ansettelsesprosedyren til dommere i en sak uten videre skulle lede til underkjennelse av domstolen.<sup>60</sup> I det første steget vurderte EMD om de irregulære forholdene ved domstolen utgjorde et «manifest» eller åpenbart brudd på nasjonale rettsregler. Dersom det ikke var mulig å påvise et objektivt sett åpenbart brudd på nasjonale regler, kunne det likevel ikke utelukkes at kravet om at domstolen skal være opprettet ved lov kan være krenket. I annet steg vurderte EMD om de irregulære forholdene ved domstolen var av fundamental karakter for domstolens evne til å kunne opptre uavhengig av andre statsmakter for å opprettholde «rule of law» og maktfordeling i staten. Dersom det bare var tale om brudd på formkrav av mindre betydning for tilliten til domstolens uavhengige stilling, var det ikke aktuelt å anse domstolen som konvensjonsstridig – det skal mer til. I dette ligger det et terskelkrav som motvirker at rettsavgjørelser blir underkjent på grunn av brudd på teknikaliteter uten vesentlig betydning for saken. Rettskraftinstituttet skal med andre ord ikke utfordres uten at det er god grunn til det. En tilsvarende tostegsvurdering må legges til grunn ved vurderingen av om domstolen er «opprettet ved lov» i norsk rett.

I det tredje steget vurderte EMD om de nasjonale domstolene hadde prøvd og tatt stilling til om de irregulære forholdene skulle ha rettslige konsekvenser i lys av de krav konvensjonen stiller til at domstolen skal være opprettet ved lov. Dette er et uttrykk for subsidiaritetsprinsippet, som innebærer at det i første rekke er medlemstatene som har ansvaret for å ivareta rettighetene etter EMK.<sup>61</sup>

*Guðmundur Andri Ástráðsson*-saken illustrerer at de institusjonelle kravene om uavhengighet, upartiskhet og å være opprettet ved lov, er tett sammenvevd med helt grunnleggende rettsstatsprinsipper. Den røde tråden mellom kravene er som den ovenfor siterte uttalelsen fra storkammeret viser «... the aim of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers».<sup>62</sup> Innenfor den menneskerettslige terminologien kan domstolbegrepet ikke løsriveres fra slike innholdsmessige kvaliteter, men må anses som en bærer av disse.

## 6 Dommerrollen

### 6.1 To europeiske prototyper for rekruttering av dommere

Basert på komparative studier av europeiske domstolsystemer, er det i teorien pekt ut to ulike modeller for rekruttering av dommere i Europa, en «byråkratisk» og en «profesjonell».<sup>63</sup> I den byråkratiske modellen blir kandidater rekruttert til dommertjeneste i ung alder og trent til å bli dommere i domstolorganisasjoner med klart definerte karriereveier og mulighet for hyppige jobb-skifter. Slik er ordningen for eksempel i Frankrike og Tyskland. I et slikt system kan det være forholdsvis enkelt å fastsette objektive og transparente kriterier for inngangen til

---

<sup>60</sup> Se avsnitt 238 («res judicata») og avsnitt 239 («irremovability of judges during their term of office»).

<sup>61</sup> Se nærmere Ola Johan Settem, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens Venner* 2016 s. 119–141, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2016-03-01>.

<sup>62</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* avsnitt 233.

<sup>63</sup> Carlo Guarnieri og Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press 2002 s. 66–68.

dommertjeneste, men vanskeligere å sikre intern uavhengighet for dommerne fordi dommere regelmessig evalueres med tanke på forfremmelse.

I den profesjonelle modellen blir man kvalifisert for dommerkarriere gjennom juridisk virksomhet utenfor domstolene, og det er ikke etablerte strukturer for regelmessig evaluering og forfremmelse i systemet. Dette er den tradisjonelle modellen for rekruttering av dommere i eksempelvis England og Wales og Norge.<sup>64</sup> Det er vanskeligere å fastsette objektive og transparente kriterier for seleksjon til domstolene i en slik ordning, men liten fare for at dommere kan bli utsatt for utilbørlig påvirkning internt for å få en god evaluering og oppnå forfremmelse.

Den profesjonelle modellen for rekruttering av dommere har sine fortrinn når det gjelder å sikre den *interne* uavhengigheten til dommere, men tilbyr i seg selv ikke et bedre alternativ enn den byråkratiske modellen når det gjelder å sikre dommer mot utilbørlig *ekstern* påvirkning. Spørsmålet om hvordan man skal kunne motvirke at utøvende eller lovgivende myndigheter utøver utilbørlig press i prosesser med å få bemannet domstolene på ulike nivåer med kvalifisert personell må innenfor begge modeller løses ved nærmere regulering av ansettelsesprosessen for dommere. Her fins det mange ulike løsninger i Europa, og variasjonene går på tvers av skillelinjene mellom en byråkratisk og en profesjonell rekrutteringsmodell.

Dersom utnevnesmyndigheten er lagt til utøvende myndighet, slik som i alle de nevnte landene ovenfor, anbefaler Europarådets ministerkomité at et uavhengig organ med substansiell representasjon av dommere, fungerer som innstillingsmyndighet og at ansettelse skjer på bakgrunn av objektive kriterier fastsatt i lov.<sup>65</sup> Hva som er legitim styring og hva som er utilbørlig påvirkning må vurderes i lys av de inngrepsmuligheter andre myndigheter rent faktisk har i denne prosessen.

## 6.2 Uavhengighet er ikke et dommerprivilegium

I *soft law*-dokumenter blir det ofte understreket at kravet om at domstolene skal være uavhengige og upartiske ikke er til for domstolenes eller dommernes skyld.<sup>66</sup> Uavhengighet er ikke et privilegium på dommernes hånd, men et virkemiddel til å sette dommere i stand til å beskytte rettighetene til individer i de samfunnene domstolen betjener. Det er den regelstyrte rettsanvendelsesprosessen som skal være skjermet fra innblanding. Målet er at den som oppsøker domstolen skal kunne være trygg på å få en avgjørelse som bygger på rettsregler som tolkes etter juridiskfaglige prinsipper, og ikke noe annet.

I EMDs praksis kommer det faktum at uavhengighet ikke er et dommerprivilegium blant annet til syne ved at dommere, i motsetning til visse andre yrkesgrupper med særlig uavhengig stilling, ikke har særretter under EMK artikkel 10 (retten til ytringsfrihet) for å kunne ivareta sine oppgaver for demokratiet. Til forskjell fra journalister,<sup>67</sup> forskere<sup>68</sup> og kunstnere,<sup>69</sup> bygger dommernes uavhengighet ikke på noen utforskende *frihet* med en

---

<sup>64</sup> Se kravet om rekruttering av dommere «med forskjellig yrkesbakgrunn» i domstoloven § 55 annet ledd annet punktum.

<sup>65</sup> Rec (2010)12 On judges: independence, efficiency and responsibilities avsnitt 44–49.

<sup>66</sup> Se for eksempel CCJE Opinion nr. 1 (2001) artikkel 10 og Venezia-kommisjonens Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of Judges CDL-AD (2010) 004.

<sup>67</sup> Se Goodwin mot Storbritannia (17488/90), storkammerdom 27. mars 1996, særlig avsnitt 39–40.

<sup>68</sup> Se Başkaya og Okçuoğlu mot Tyrkia (23536/94 og 24408/94), storkammerdom 8. juli 1999 avsnitt 65.

<sup>69</sup> Se Müller m.fl. mot Sveits (10737/84), dom 24. mai 1988 avsnitt 27.

egenverdi for demokratiet, men på en *plikt* til å utføre arbeidsoppgaver i samsvar med gjeldende rett.

Det er likevel ingen tvil om at dommere har ytringsfrihet på lik linje med andre borgere. Storkammeravgjørelsen i saken *Wille mot Liechtenstein* illustrerer dette.<sup>70</sup> Presidenten for forvaltningsdomstolen i Liechtenstein hadde holdt et foredrag for et forskningsinstitutt der han hevdet et kontroversielt standpunkt om at konstitusjonen måtte tolkes slik at Prinsen av Liechtenstein ikke var immun for søksmål under konstitusjonsdomstolen. Etter at foredraget ble publisert i pressen, mottok Wille et brev fra Prinsen. I brevet ble det gjort klart at Prinsen ikke ville gjenoppnevne ham i noen dommerstilling. Prinsen uttrykte også håp om at Wille holdt seg til loven i resten av tjenestetiden. EMD konkluderte med at Willes rett til ytringsfrihet var krenket. I begrunnelsen pekte EMD blant annet på at foredraget ikke berørte noen verserende sak for domstolen, men dreide seg om et generelt tolknings spørsmål.

### 6.3 Vern mot offentlig forulemping

Dommernes pliktbaserte uavhengighet har tradisjonelt vært forstått slik at det forventes en viss *tilbakeholdenhet* med bruk av ytringsfriheten i offentlige rom til å kommentere verserende eller avsluttede saker. Argumentet om at dommere ikke kan ta til gjemåle uten å sette autoriteten og verdigheten til domstolene på spill, har i EMDs praksis vært benyttet til å begrunne at det kan være nødvendig å gi dommere særlig vern mot offentlig kritikk og forulemping.<sup>71</sup> Konvensjonsteksten gir også en særlig forankring for en slik argumentasjonslinje. På listen av legitime inngrepsformål i retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10 nr. 2 står hensynet til å «bevare domstolenes autoritet og upartiskhet». Hvis det er lovhjemmel for det, og det er nødvendig å anvende loven i en konkret situasjon, er det tillatt å begrense ytringsfriheten for å verne om domstolens stilling i samfunnet. Med dette utgangspunktet i konvensjonsteksten er det ikke uventet eller urimelig at EMD til tider har gitt dommere sterkere vern mot ytringsangrep enn andre offentlige tjenestemenn.<sup>72</sup>

I en av de tidligste rettsavgjørelsene om vern mot ytringsangrep på dommere, *Barfod mot Danmark*, gikk EMD svært langt i å gi dommere vern mot offentlig kritikk.<sup>73</sup> EMD konstaterte at Danmark var fullt berettiget til å domfelle journalisten Barfod for å ha kritisert to lekdommere som hadde deltatt i pådømmelsen av en sak der et skattevedtak fra lokalstyrelsen på Grønland ble kjent gyldig. Barfod hadde antydnet at lekdommerne ikke var uavhengige og upartiske fordi de var offentlige tjenestemenn. Domfellelsen for ærekrenkelse ble stående. EMD la vekt på at beskyldningene undergravde autoriteten til dommerne. Blant annet i lys av Barfod-saken, har EMD blitt kritisert for å gå lenger enn nødvendig i å akseptere inngrep i ytringsfriheten for å verne dommere.<sup>74</sup>

Det ledende prejudikatet i dag er *Morice mot Frankrike*, der EMD i storkammer påpekte at det, som i andre saker om inngrep på ytringsfriheten, må foretas en konkret vurdering av

---

<sup>70</sup> *Wille mot Liechtenstein* (28396/95), storkammerdom 28. oktober 1999, særlig avsnitt 63-70.

<sup>71</sup> *Prager og Oberslick mot Østerrike* (15974/90), dom 26. april 1995 avsnitt 34 og *Skalka mot Polen* (43425/98), dom 27. mai 2003 avsnitt 40.

<sup>72</sup> Jf. D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, and C. M. Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 4. utgave 2018 s. 654 og Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Cambridge 2002 s. 116.

<sup>73</sup> *Barfod mot Danmark* (11508/85), dom 22. februar 1989.

<sup>74</sup> Harris, O'Boyle og Warbrick s. 654. Se også Michael Addo (red.), *Freedom of Expression and the Criticism of Judges: A Comparative Study of European Legal Standards*, Aldershot 2000 s. 229–242 på s. 237 og Ian Cram, *A Virtue Less Cloistered. Courts, Speech and Constitutions*, Hart Publishing 2002 s. 218.

konteksten når det skal tas stilling til om inngrepet kan være nødvendig.<sup>75</sup> De omstridte ytringene var i dette tilfellet offentliggjort i avisen *Le Monde*, og gjaldt en sak av betydelig offentlig interesse. Det dreide seg om etterforskning av dødsfallet til en fransk dommer som hadde tjenestegjort i republikken Djibouti der det var konkludert med at dødsårsaken var selvmord. Klageren representerte gjenlevende ektefelle i saken som hevdet mannen var blitt myrdet. I *Le Monde* kritiserte klageren de to dommerne som hadde undersøkt saken for å ha opptrådt i strid med prinsippet om upartiskhet og for slett arbeid. En dommer som i en tidligere sak hadde uttrykt støtte til en av de kritiserte dommerne som var ansvarlig for etterforskningen i saken, deltok i den nasjonale domstolens behandling av et ærekrenkessøksmål rettet mot Morice samt redaktør og journalist i *Le Monde*. EMD ga Morice medhold i både at han ikke var blitt dømt av en upartisk domstol og at hans rett til ytringsfrihet var krenket. Det ble pekt på at en advokat måtte kunne gjøre offentligheten oppmerksom på mulige svakheter i rettssystemet og at konstruktiv kritikk var tjenlig for domstolene.<sup>76</sup> Det var etter EMDs syn helt klart en grense for hvor langt domstolene kunne vernes mot negativ offentlig omtale:

«Nevertheless, while it may prove necessary to protect the judiciary against gravely damaging attacks that are essentially unfounded, bearing in mind that judges are prevented from reacting by their duty of discretion [...], this cannot have the effect of prohibiting individuals from expressing their views, through value judgments with a sufficient factual basis, on matters of public interest related to the functioning of the justice system, or of banning any criticism of the latter.»<sup>77</sup>

Avgjørelsen viser at det må trekkes en grense mellom legitim kritikk av domstoler og dommeratferd og ubegrunnet forulemping. Dette har EMD også presisert i senere avgjørelser.<sup>78</sup> Det finnes flere eksempler i praksis på forulempende ytringer av dommere som nasjonalstaten har hatt gode grunner til å gripe inn mot.<sup>79</sup> I mange tilfeller har likevel EMD reagert på at reaksjonen har vært for streng slik at den ikke står i proporsjon til skaden ytreren kan ha forvoldt på domstolene. I saken *Skalka mot Polen* var det for eksempel et uforholdsmessig stort inngrep i ytringsfriheten å idømme en polsk borger åtte måneder fengsel for å ha omtalt dommere i den regionale ankedomstolen for «uansvarlige klovner» og «idioter» i et brev til domstolleder.<sup>80</sup> Tilsvarende kom EMD i *Saday mot Tyrkia* til at fengsel i seks måneder, hvorav de to første månedene ble sonet i isolasjon, var en uforholdsmessig sterk reaksjon mot grov offentlig kritikk av dommere og domstoler.<sup>81</sup>

Som utøvere av offentlig myndighet må dommere tåle mer enn vanlige folk, deriblant å bli gransket og utsatt for kritikk. De skal imidlertid ikke måtte tåle sjikane og forulemping. I storkammeravgjørelsen *Janowski mot Polen* la EMD til grunn at det kan være gode grunner til å verne offentlige tjenestemenn generelt mot forulemping for at de skal kunne lykkes i

---

<sup>75</sup> Morice mot Frankrike (29369/10), storkammerdom 23. april 2015 avsnitt 162–164.

<sup>76</sup> Se avsnitt 167.

<sup>77</sup> Avsnitt 168.

<sup>78</sup> Radobuljac mot Kroatia (51000/11), dom 28. juni 2016 avsnitt 61 og Słomka mot Polen (68924/12), dom 6. desember 2018 avsnitt 64.

<sup>79</sup> Se for eksempel Prager og Oberschlick mot Østerrike (15974/90), Skalka mot Polen (43425/98) og Saday mot Tyrkia (32458/96), dom 30. mars 2006.

<sup>80</sup> Skalka mot Polen avsnitt 42.

<sup>81</sup> Saday mot Tyrkia avsnitt 35–36.



utøvelsen av sine oppgaver.<sup>82</sup> Det er tvilsomt om dommere egentlig lenger har noen sterkere vern mot offentlig kritikk enn andre offentlige tjenestemenn uten politisk betinget ansettelseskontrakt. En slik utvikling harmonerer også godt med europeiske tendenser til utvikling av en dommerrolle som er mer utadventt mot samfunnet.<sup>83</sup>

## 6.4 Vern mot privatlivsinngrep

I EMDs praksis er vilkåret «privatliv» i EMK artikkel 8 gitt et svært vidt virkeområde slik at det også kan omfatte ansettelsesforhold.<sup>84</sup> Uttrykket må tolkes på samme måte i Grunnloven § 102.<sup>85</sup> Plikten til å sikre dommeren institusjonell uavhengighet som følger av Grunnloven § 95 tredje ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 kan derfor bli understøttet av at dommeren *også* har et menneskerettslig krav på vern om sitt privatliv i sitt virke.

I en situasjon der det *ikke* er tale om «rettigheter eller plikter» som åpner for rettslig prøving under EMK artikkel 6 nr. 1, vil EMK artikkel 8 alene kunne åpne en klagemulighet. Det kan for eksempel være aktuelt der dommere er utsatt for disiplinærtiltak for brudd på etiske plikter der det nasjonalt verken er klagemulighet eller adgang til domstolprøving. Avgjørelsen *Özpınar mot Tyrkia* er et eksempel på dette.<sup>86</sup> Tyrkia hadde i denne saken bygget sin avskjed av den kvinnelige dommeren Özpınar på en rekke forhold som ikke var direkte relatert til hennes profesjonelle oppgaver, så som fremtoning, klesstil (miniskjørt og sminke), ferievaner og relasjoner i privatlivet. EMD anså hele avskjedsprosessen for å være vilkårlig og som et uproporsjonalt inngrep i privatlivet.

I nyere praksis fra EMD er retten til privatliv i EMK artikkel 8 stadig oftere blitt påberopt av dommere som har blitt utsatt for endringer i ansettelsesforhold. Et eksempel er saken *Oleksandr Volkov mot Ukraina*, der lederen for den øverste domstolen i Ukraina var blitt avskjediget av parlamentet på bakgrunn av en innstilling gitt av Domstolrådet.<sup>87</sup> Vi skal se nærmere på aspektene som gjelder domstolenes uavhengighet og upartiskhet nedenfor i omtalen av disiplinærreaksjoner mot dommere i punkt 7.5. Her er poenget at klageren *også* hevdet at hans rett til privatliv under EMK artikkel 8 var krenket og at EMD var enig i dette. Det ble det pekt på at avskjedigelsen av dommeren fra den øverste domstolen berørte både private og profesjonelle relasjoner, og åpenbart hadde materielle konsekvenser for velferden til klager og hans familie.<sup>88</sup> Siden grunnlaget for avskjed ikke hadde vært forutberegnelig, var heller ikke lovskravet for inngrepet i privatlivet tilfredsstillt. EMD viste til kravene til proporsjonalitet som gjaldt for anvendelse av disiplinærreaksjoner i Europarådets *Charter on the Statute of Judges* og de nødvendige rettssikkerhetsgarantiene om klageadgang som er oppstilt der.

---

<sup>82</sup> Janowski mot Polen (25716/94), storkammerdom 21. januar 1999 avsnitt 33.

<sup>83</sup> Se Ragna Aarli, «Dommernes uavhengighet og forholdet til mediene» i Nils Asbjørn Engstad, Astrid Frøseth og Bård Tønder (red.), *Dommernes uavhengighet. Den norske Dommerforening 100 år*, Fagbokforlaget, 2012 s. 597-626.

<sup>84</sup> Se Harris, O'Boyle og Warbrick s. 558.

<sup>85</sup> Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 60 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40 og 44.

<sup>86</sup> Özpınar mot Tyrkia (20999/04), dom 19. oktober 2010.

<sup>87</sup> Oleksandr Volkov mot Ukraina (21722/11), dom 9. januar 2013.

<sup>88</sup> Avsnitt 166. Se 18 tilsvarende saker i Kulykov m.fl. mot Ukraina (5114/09 og 17 andre), dom 19. januar 2017 avsnitt 138.

Storkammeravgjørelsen *Denisov mot Ukraina* viser at EMD prøver svært konkret om endringer av arbeidsforholdene til en dommer reiser spørsmål som kan vurderes under artikkel 8, i tillegg til under artikkel 6 der begge bestemmelser er påberopt.<sup>89</sup> Dommeren Denisov var blitt avskjediget som domstolleder, men ikke som dommer for ankedomstolen for forvaltningssaker i Kiev. EMD uttalte at primærfunksjonen til Denisov var å være dommer, og det var kvalifikasjonene som dommer som ga grunnlag for størstedelen av lønnen. Selv om det å være domstolleder nok var prestisjefullt, rørte ikke degraderingen til ordinær dommer ved kjernen i Denisovs profesjonelle virksomhet. Til forskjell fra Volkov hadde ikke Denisov fått kritikk eller blitt møtt med disiplinærsanksjoner for utøvelse av sin dømmende funksjon.<sup>90</sup> EMD konkluderte med at de negative effektene på Denisovs privatliv var så beskjedne at det ikke var grunnlag for noen klage under EMK artikkel 8 i den saken.

## 7 Domstolenes eksterne relasjoner

### 7.1 Legitim og illegitim samhandling mellom statsmaktene

Statsmaktene må samhandle om en rekke oppgaver. Domstolene kan verken lovgi, finansiere eller helt og holdent forvalte seg selv. Rammer for samhandling mellom statsmaktene er et element av styring som kan være helt legitimt. Som påpekt i *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island* er «a certain interaction» mellom de tre statsmaktene «... not only inevitable, but also necessary, to the extent that the respective powers do not unduly encroach upon one another's functions and competences».<sup>91</sup> Hvis styring fra øvrige statsmakter blir for sterk, kan vi snakke om utilbørlige inngrep eller «overstyring». Dette betegner da en illegitim form for styring av domstolene fra de øvrige statsmaktene.

Mange av føringene EMD har gitt for organisatoriske løsninger for domstolssystemer er utviklet på bakgrunn av erfaringer som er fremmede for en norsk virkelighet. Det betyr likevel ikke at kravene ikke gjelder for norske domstoler og dommere. I det følgende skal vi se nærmere på noen av de utfordringene Domstolkommisjonen identifiserte i de eksterne relasjonen mellom domstolene og øvrige statsmakter når det gjelder ansettelsesprosesser, stillingsvern, fastsettelse og regulering av lønn, disiplinærsystemer og finansiering.

### 7.2 Ansettelsesprosesser

Tilsettingsorganet har en nøkkelfunksjon i ansettelsesprosesser. Det er nokså vanlig, og ansett som legitimt, at det er den utøvende makten som tilsetter dommere. EMD har lagt til grunn at det ikke i seg selv er et problem at dommere blir utnevnt av den utøvende makten dersom prosessen verner mot rent politiske utnevnelser og det ellers er klart at dommeren er fri for press i utøvelsen av dommertjenesten.<sup>92</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson*-saken viser at det er et avgjørende spørsmål for om en domstol er lovlig besatt, om nasjonalstatens egne regler for ansettelse er fulgt. I denne saken ble det pekt på at de nasjonale rettsreglene om dette så langt det er mulig må være klare og entydige og ikke åpne for vilkårlige inngrep fra den utøvende

---

<sup>89</sup> Denisov mot Ukraina (76639/11), storkammerdom 25. september 2018.

<sup>90</sup> Denisov mot Ukraina avsnitt 125–126.

<sup>91</sup> Se avsnitt 215.

<sup>92</sup> Se Thiam mot Frankrike (80018/12), dom 18. oktober 2018 avsnitt 80–82.

myndigheten.<sup>93</sup> EMD uttrykte også en klar forventning om at seleksjonskriteriene til dommere må være strengere jo høyere i domstolhierarkiet den aktuelle domstolen befinner seg.<sup>94</sup>

I Norge er det den utøvende makten som er tilsettingsorgan. Dommere blir utnevnt som embetsmenn av Kongen jf. Grl. § 21 og domstoloven § 55 første ledd. Et uavhengig Innstillingsråd ble etablert med hjemmel i domstoloven § 55a i 2002 for å styrke domstolenes uavhengighet, i tråd med internasjonale anbefalinger om å sikre uavhengighet fra politiske myndigheter i ansettelsesprosesser for dommere. Innstillingsrådet er et nøkkelorgan når det gjelder bemanning og utvikling av den dømmende makt.

Domstolkommisjonen har foreslått å gi det uavhengige Innstillingsrådet forankring i Grunnloven. Dette vil gjøre det vanskeligere å avskaffe eller politisere rådet. Samtidig er det viktig å sikre muligheten for andre myndigheter til å motvirke at domstolmakten blir misbrukt til selvrekruttering fra et lite endringsvillig dommerlaug. Innstillingsrådet er derfor i dag et bredt sammensatt kollegialt organ der dommere utgjør et mindretall (tre av sju medlemmer). Myndigheten til å utnevne medlemmer til Innstillingsrådet ligger hos Kongen i statsråd, altså hos den utøvende makt.

Dagens ordning gjør politisk manipulasjon av hvem som skal sitte i Innstillingsrådet, og dermed hvem som til syvende og sist skal bli dommer, mulig. Domstolkommisjonen har derfor foreslått at regjeringen ikke lenger bør stå fritt ved utnevnelsen av dommermedlemmer til rådet, men at Domstoladministrasjonen gis formell kompetanse til å utpeke dommermedlemmer til rådet, basert på innspill fra dommerorganisasjonene. Dette vil svekke den utøvende makts muligheter til å påvirke sammensetningen av rådet. Flertallet i Domstolkommisjonen ønsket av hensyn til å bevare den demokratisk legitimiteten til rådet ikke å gi dommerne flertall. I og med at systemet for dommerrekruttering hos oss skal være åpent for ulike juristprofesjoner, kan et flertall av dommere føre til at dommerfaglige kvaliteter får for stor vekt. Av kapasitetshensyn er det imidlertid foreslått å utvide rådet til elleve medlemmer hvorav fem medlemmer skal være dommere.

Jeg tilhørte mindretallet som ønsket større formell sikkerhetsmargin mot politisk påvirkning av ansettelsesprosesser ved å gi dommerne flertall (på seks av elleve medlemmer) ved innstillinger til ordinære dommerembeter. De øvrige nordiske land har rigget sine ansettelsesprosesser slik at dommere har flertall i innstillingsorganet. Internasjonalt er det også anbefalt at dersom det er opprettet et domstolråd, som vanligvis har en sentral rolle ved dommeransettelser, bør minst halvparten av medlemmene i dette rådet være dommere.<sup>95</sup>

Ved utnevning av domstolledere har hensynet til demokratisk legitimitet og behovet for å unngå dommerfaglig sneversyn større vekt. Domstolledere skal ivareta en rekke oppgaver som ikke er av dømmende karakter. Det er en lederoppgave å få domstolen til å fungere som arbeidsplass, sørge for kompetanseutvikling og å finne praktiske løsninger for samarbeid med de ulike aktørene i justissektoren. Kommisjonen gikk enstemming inn for å bemanne rådet med et mindretall på fem av elleve medlemmer i slike ansettelsesprosesser.

Innstillingsrådet skal gi en begrunnet innstilling av tre kvalifiserte søkere til ledige dommerstillinger, jf. domstoloven § 55 b tredje ledd. Loven åpner for at regjeringen både kan endre rekkefølgen på de tre kandidatene som skal innstilles og gå utenfor kretsen av innstilte. I praksis blir innstillingen alltid fulgt. Det var full enighet i Domstolkommisjonen om at regjeringens handlingsrom bør være mer begrenset enn loven gir uttrykk for i dag. I Domstolkommisjonens forslag til lovendring kan regjeringen ikke gå utenfor innstillingen, men gis adgang til å forkaste innstillingen én gang. Dersom rangeringen fravikes, må

---

<sup>93</sup> Se avsnitt 230.

<sup>94</sup> Se avsnitt 222.

<sup>95</sup> Se Rec (2010)12 avsnitt 27.

regjeringen gi en offentlig begrunnelse for dette.<sup>96</sup> De foreslåtte endringene handler om å begrense muligheten til politisk påvirkning av ansettelsesprosesser for dommere.

Domstolkommisjonen har også foreslått å lovfeste prosessen for utnevning av høyesterettsjustitiarius, en prosess som i dag ikke er regulert. Embetet som justitiarius står i en særstilling ved at det ikke bare innebærer plikter som dommer og domstolleder, men også offentlig representasjon av den tredje statsmakt. Etter hoffrangreglementet er justitiarius nummer fire i rang, etter Kongen, stortingspresidenten og statsministeren. På dette punktet samlet kommisjonen seg om å foreslå at praksis med et *ad hoc*-innstillingsråd, oppnevnt av departementet, blir kodifisert og nærmere formalisert. For at rådet skal ha bred forankring, er det foreslått at det skal bestå av en representant utpekt av departementet, en representant utpekt av Innstillingsrådet for dommere og en representant utpekt av Advokatforeningens hovedstyre.<sup>97</sup>

### 7.3 Stillingsvern

Dommere har stillingsvern gjennom embetsmannsvernet i Grunnloven § 22. Bestemmelsen setter forbud mot avskjed uten dom før lovens aldersgrense er nådd, forbud mot å ansette dommere på åremål og gir beskyttelse mot ufrivillig forflytning. De nærmere vilkårene for avskjed ved dom og pensjonsalder er gitt i lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven). EMD krever ikke at vernet mot avsettelse av dommere er fastsatt i lov, så lenge det er garantert i praksis.<sup>98</sup> Den klare anbefalingen fra internasjonal rett er likevel at stillingsvernet for dommere blir regulert i lov eller Grunnlov.<sup>99</sup>

EMD har gjort det klart at også offentlige tjenestemenn, det vil si statens egne ansatte, kan få prøvet om ansettelsesvilkår og endringer i disse krenker grunnleggende rettigheter i konvensjonen. I storkammeravgjørelsen *Vilho Eskelinen mot Finland* ble det blant annet pekt på konvensjonsvernet mot diskriminering i EMK artikkel 14 som begrunnelse for at statens egne ansatte ikke kan stilles dårligere enn borgere med private ansettelsesforhold.<sup>100</sup> Det ble lagt til grunn at offentlige tjenestemenn ikke kunne være ekskludert fra å få prøvd konvensjonsmessigheten av endringer i arbeidsvilkår for domstolene med mindre dette uttrykkelig framgikk av nasjonal lov. Slik eksklusjon i lov måtte være objektivt rettferdiggjort av statens interesser («Vilho Eskelinen-testen»). Saken var fremmet av en rekke polititjenestemenn som hadde tapt distriktstillegg og som fikk forlenget reisetid til jobb etter sammenslåing av politidistrikter. De hevdet at de ble fratatt rettmessig eiendom på en måte som var i strid med EMKs tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Klagerne fikk ikke medhold. EMD uttalte at EMK ikke ga noe alminnelig vern mot lønnsreduksjon og at tjenestemennene ikke hadde noen berettigede forventninger om å bli kompensert for økte reiseutgifter til jobb. Det ble vist til at det manglet hjemmel i finsk lovgivning for dette.

Selv om polititjenestemennene tapte saken, ga den nye Vilho Eskelinen-testen et vesentlig tilskudd til utviklingen av EMK artikkel 6 nr. 1 som strukturell rettighet, det vil si en rettighet som pålegger staten positive plikter i forholdet mellom statsmaktene. Som påpekt i en senere sak, var det klart at endringer i «lønn, kompensasjonsordninger og liknende goder» nevnt i Vilho Eskelinen-saken, ikke var noen uttømmende liste over hvilke saker offentlige

---

<sup>96</sup> Se lovutkastet til ny § 55 c i NOU 2020: 11 s. 357.

<sup>97</sup> Se forslag til ny bestemmelse i domstoloven § 55 b sjuende ledd.

<sup>98</sup> Sacilor Lormines mot Frankrike (65411/01), dom 9. november 2006 avsnitt 65.

<sup>99</sup> FNs menneskerettighetskomité, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (2007), avsnitt 19.

<sup>100</sup> Vilho Eskelinen m.fl. mot Finland (63235/00), storkammerdom 19. april 2007.

tjenestemenn måtte kunne kreve prøvd for domstolene.<sup>101</sup> Flere slike saker har dreiet seg om dommere som hevder at endring av ansettelsesvilkår er en krenkelse av domstolenes uavhengighet, og mange har fått medhold.

Et eksempel finnes i storkammeravgjørelsen *Baka mot Ungarn*.<sup>102</sup> Saken dreide seg om den erfarne domstollederen Andras Baka som måtte forlate stillingen som president for Ungarns Høyesterett i 2012, etter omfattende lovreformer av det ungarske domstolsystemet. Bakas ansettelsesforhold var ikke blitt terminert, han fortsatte som avdelingsleder i domstolen. EMD kom til at det var en krenkelse av retten til domstolprøving i EMK artikkel 6 at Baka ikke fikk prøvet lovligheten av førtidig avskjed fra den administrative funksjonen som domstolleder. Vurderingen bygget på Vilho Eskelinen-testen. De ungarske lovreformene som uttrykkelig avskar Baka retten til domstolprøving nasjonalt var iverksatt like før Baka ble fratatt stillingen som domstolleder og fremstod som et virkemiddel til å få ham avsatt. Dette tilfredsstilte ikke Vilho Eskelinen-testen.<sup>103</sup> EMD benyttet anledningen til å peke på at alle avgjørelser om endringer i ansettelsesforhold til en dommer bør treffes av organer som er uavhengig av den utøvende og lovgivende myndigheten:

«... the Court cannot but note the growing importance which international and Council of Europe instruments, as well as the case-law of international courts and the practice of other international bodies, are attaching to procedural fairness in cases involving the removal or dismissal of judges, including the intervention of an authority independent of the executive and legislative powers in respect of every decision affecting the termination of office of a judge».<sup>104</sup>

I lys av de nyere erfaringene med bruk av lovgivingsmyndighet til å endre ansettelsesvilkårene for dommere både i Polen og Ungarn har Domstolkommisjonen som nevnt i punkt 3.5 foreslått flere endringer i Grunnloven.

Kommisjonen har anbefalt at stillingsvernet for dommere løsrives fra det generelle embetsmannsvernet og flyttes til kapitlet om den dømmende makt, foreslått å grunnlovfeste en pensjonsalder for dommere på 70 år og at det blir fastsatt et øvre tak på antall dommere i Høyesterett. Grunnlovfestet pensjonsalder og øvre tak på antall dommere i Høyesterett vil motvirke politisk manipulasjon av sammensetningen av domstolen. Forslagene speiler nyere europeiske erfaringer med lovreform som nedjusterer pensjonsalder og utvider tall på stillinger for å oppnå flertall av regimevennlige dommere som forventes å dømme i favør av staten i tvister mot det offentlige. Endringene vil både synliggjøre og sikre den uavhengige funksjonen dommere må ha. Det tar lenger tid og kreves større politisk flertall for å endre Grunnloven enn alminnelige lover. Vesentlige betenkeligheter ved å frata lovgiver muligheten til å foreta raske endringer av hvordan Høyesterett skal være sammensatt er det vel vanskelig å se.

## 7.4 Fastsettelse og regulering av lønn

Regulering av lønn og lønnsnivå for dommere er forhold av vesentlig betydning for uavhengigheten og upartiskheten til dommere. Dommere må kunne avlønnes på et nivå som

---

<sup>101</sup> Bayer mot Tyskland (8453/04), dom 16. juli 2009 avsnitt 38.

<sup>102</sup> *Baka mot Ungarn* (20261/12), storkammerdom 23. juni 2016. Se tilsvarende sak for EU-domstolen i C-286/12 der det ble konkludert med at de ungarske reformene var i strid med Likebehandlingsdirektivet.

<sup>103</sup> Se avsnitt 107–111.

<sup>104</sup> Avsnitt 121. Uttalelsen er gjentatt i sak om suspensjon av en av Slovakias høyesterettsdommere, *Paluda mot Slovakia* (33392/12), dom 23. mai 2017 avsnitt 45.

er attraktivt for gode jurister og som motvirker tilbøyeligheter til korrupsjon. Internasjonalt er det anbefalt å lovfeste kriterier for dommerlønn, at lønnsnivået er tilstrekkelig til å forebygge fristelser, og ikke gjøres avhengig av innsats.<sup>105</sup> Lønn for dommere i ting- og lagmannsretter fastsettes i dag administrativt av regjeringen ved Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Lønnsnivået for høyesterettsdommere fastsettes av Stortinget.

Fastsettelse av lønn til dommere har vært gjenstand for konflikt i mange land. På grunn av en presset økonomisk situasjon innførte Portugal i 2014 en midlertidig lov som ga hjemmel for lønnsreduksjon til ansatte med høyere stilling i staten. Det ble på bakgrunn av loven gjennomført prosentvise kutt i lønningene til offentlige tjenestemenn i alle de tre statsmaktene med en opptrappingsplan til tidligere nivå i løpet av to år. Loven rammet dommere i Tribunal de Contas, en domstol som blant annet kontrollerer utnyttelsen av økonomiske ressurser i Portugals avtale med EU. På vegne av dommerne anla fagforeningen søksmål der det ble fremsatt krav om å få tilbakebetalt lønnsreduksjon og gjenopprettet lønnsnivået. Det ble hevdet at lønnskuttet var et angrep på domstolenes og dommernes uavhengighet som krenket EUs Charter artikkel 47 og TEU artikkel 19.

I en prejudisiell avgjørelse, etter anmodning fra den øverste portugisiske forvaltningsdomstolen, konkluderte EU-domstolen med at TEU artikkel 19 (1) andre ledd skal fortolkes slik at prinsippet om domstolenes uavhengighet ikke er til hinder for at det kan treffes generelle foranstaltninger om lønnsnedsettelse for dommere av den typen det var tale om i denne saken.<sup>106</sup> Avgjørelsen ble truffet i lys av at lønnsnedsettelsen skulle avhjelpe et uforholdsmessig stort budsjettunderskudd og at Portugal var i et program med finansiell støtte fra EU. Lønnsnedsettelsen som rammet offentlige tjenestemenn i statsmaktene likt etter en nærmere offentliggjort plan, var ingen krenkelse av domstolenes uavhengighet. Avgjørelsen viser at kravet om uavhengige og upartiske domstoler ikke kan fritta dommere fra å ta medansvar for utfordringer som gjelder staten generelt.

Det finnes eksempler på at en nasjonal konstitusjonsdomstol har kommet til at avlønning av dommere på et vesentlig lavere nivå enn offentlige tjenestemenn i utøvende og lovgivende makt er konstitusjonsstridig og uforenlig med rettsstatlige prinsipper.<sup>107</sup> Det har, så vidt jeg har kunnet se, ikke vært tilsvarende saker oppe for EMD.

Lønnsvilkår for dommere er av vesentlig betydning for dommernes uavhengighet, og på dette punktet er norsk rett langt fra optimal. Lønnsfastsettelse skjer på ulike måter, i tre ulike regimer.<sup>108</sup> Det første regimet gjelder dommere i Høyesterett. Lønn til høyestrettsdommere blir fastsatt av Stortinget etter innstilling fra Stortingets presidentskap. Det andre regimet gjelder dommere i ting- og lagmannsretter. For disse dommerne blir lønn fastsatt administrativt av Kommunal- og moderniseringsdepartementet uten formelle forhandlinger med arbeidstakerorganisasjonene. Det tredje regimet gjelder lønnsfastsettelse for dommere i jordskifterettene. Disse dommerne er omfattet av hovedtariffavtalen i staten til tross for at jordskifterettene sidene 2004 har vært integrert i det øvrige domstolssystemet. Stein Evju utredet mulige alternative modeller for fastsettelse av dommerlønninger for Domstolkommisjonen og har slik gitt grunnlag for å foreta overordnede valg om

---

<sup>105</sup> Rec (2010)12 On judges: independence, efficiency and responsibilities avsnitt 53–55.

<sup>106</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP) mot Tribunal de Contas (C-64/16) premiss 53.

<sup>107</sup> Se sakene U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 og U-I-159/08 fra konstitusjonsdomstolen i Slovenia og omtale av disse i Nina Betetto, «Slovenia» i Ragna Aarli og Anne Sanders (red.), *Courts in Evolving Societies*, Brill 2020 s. 43–58 på s. 54–55.

<sup>108</sup> Se Stein Evju, «Lønnsfastsettelse for dommere – ordninger og alternativer», digitalt vedlegg til NOU 2020: 11, <https://www.regjeringen.no/contentassets/367acaf16a2941bfaf5e3b1ae7bfe95f/ou/sved/08.pdf> s. 1.

lønnsfastsettelse for embetsdommere.<sup>109</sup> Hva som i nærmere detalj er rimelige og riktige relasjoner i dette spørsmålet må utredes mer. Det er liten tvil om at dagens system der dommerlønn fastsettes ensidig av den utøvende makt er uheldig sett fra et uavhengighetsperspektiv.

## 7.5 Disiplinærsystemer

Dommere utøver statsmakt og må kunne ansvarliggjøres. Det er imidlertid ingen enkel oppgave å utvikle ansvarssystemer for dommere som ikke kan misbrukes av andre myndigheter, eller av domstolene selv, til å bli kvitt ansatte som av mer eller mindre legitime grunner kan oppfattes som brysomme. Dersom en dommer gjør juridiske feil i dømmende virksomhet, er utgangspunktet at disse rettes gjennom anke, jf. domstoloven § 236 fjerde ledd. Dommere er likevel ikke immune for sanksjoner for utilbørlig forhold i rettergang. Ved «kvalifisert klanderverdig forhold» i tjenesten, kan dommere møtes både med sivilrettslige og strafferettslige reaksjoner, jf. domstoloven §§ 200-201 og Rt. 1997 s. 615.<sup>110</sup> Saker om erstatningsansvar, straff og avskjed må reises for domstolene. Andre disiplinærsaker blir behandlet av Tilsynsutvalget for dommere som kan treffe disiplinærtiltak i form av kritikk eller advarsel, jf. domstoloven § 236 annet ledd. Grunnlaget for slik kritikk eller advarsel er profesjonsetiske regler som er utviklet av og for dommere i Norge.<sup>111</sup> Utvalget er et forvaltningsorgan som består av to dommere, en advokat og to medlemmer som representerer allmennheten som alle er oppnevnt av Kongen i statsråd, jf. domstoloven 235 første ledd.

I mange land har disiplinærorganer for dommere kompetanse til å ilegge strengere reaksjoner enn vårt Tilsynsutvalg. I storkammeravgjørelsen *Ramos Nunes de Carvalho mot Portugal* utelukket ikke EMD at en disiplinærsak mot en dommer også kunne være en «criminal charge» under EMK artikkel 6 nr. 1, men avviste at 240-dagers suspensjon av dommeren og en bot som tilsvarte 20 dager uten lønn var tilstrekkelig alvorlige reaksjoner til å anse saken som en straffesak.<sup>112</sup> Den suspenderte dommeren i saken hadde derfor ikke krav på minsterettighetene i EMK artikkel 6 nr. 3 som bare gjelder den som blir siktet for en straffbar handling.

Terskelen for bruk av reaksjoner for handlinger utført i dommertjeneste må være høy. Disiplinærordninger skal ikke kunne benyttes som pressmiddel. Frykt for å miste muligheter til forfremmelse eller i verste fall å miste stillingen skal ikke få dommere til å holde seg tilbake fra å anvende rettsreglene korrekt i en enkeltsak. Organer og prosesser som kan ilegge dommere reaksjoner for handlinger utført i tjeneste må oppfylle kravene i EMK artikkel 6 nr. 1 med mindre det er legitime og objektive grunner til at staten eksplisitt har fastsatt en annen ordning.<sup>113</sup> Hvis ikke et disiplinærorgan selv fyller kravene til en domstol, må avgjørelsene til organet – så langt det er tale om avgjørelser av «rettigheter og plikter» – kunne prøves for en domstol som kan prøve alle sider av saken.

I *soft law*-dokumenter er det tatt til orde for at et disiplinærorgan for dommere bør være sammensatt av et flertall av dommere,<sup>114</sup> eller i det minste en *betydelig andel* av dommere

---

<sup>109</sup> Se note ovenfor.

<sup>110</sup> Også straffeloven §171–172 (tjenestefeil), § 173 (misbruk av offentlig myndighet) og §§ 387–388 (korrupsjon) kan være aktuelle ansvarsgrunnlag for dommere.

<sup>111</sup> Se <https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/domstol.no/om-domstolene/vedtatte-etiske-prinsipper.pdf>.

<sup>112</sup> Ramos Nunes de Carvalho E Sá mot Portugal (55391/13, 57728/13 og 74041/13), storkammerdom 6. november 2018.

<sup>113</sup> Jf. Oleksandr Volkov mot Ukraina (21722/11), dom 9. januar 2013 avsnitt 87.

<sup>114</sup> Se ENCJ Destillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017 avsnitt 57.

som er utpekt av dommerne selv.<sup>115</sup> EMD har foreløpig ikke stilt et slikt kategorisk krav til dommerrepresentasjon i disiplinærorganer selv om domstolen ofte ser hen til slike dokumenter i vurderinger av om kravene om EMK artikkel 6 er oppfylt. I saken *Oleksandr Volkov mot Ukraina* ble pekt på at en dommerandel på tre av 16 medlemmer i det ukrainske domstolrådet var temmelig marginal.<sup>116</sup> Konklusjonen om at kravet til upartiskhet i EMK artikkel 6 nr. 1 var krenket hvilte likevel på mer sammensatte grunner.<sup>117</sup>

Flertallet i Domstolkommisjonen har anbefalt å videreføre modellen med et mindretall av dommere i Tilsynsutvalget, men å utvide antall medlemmer fra fem til sju slik at jordskiftedommere kan være faste medlemmer av utvalget. Hovedbegrunnelsen for å gå inn for løsningen med dommere i mindretall er å hindre inntrykk av selvdømme.<sup>118</sup> Mindretallet, som jeg tilhørte, har i lys av internasjonale anbefalinger gått inn for et liketall av dommere og andre medlemmer, der lederen har dobbeltstemme ved stemmelikhet. I og med at avgjørelsene til utvalget treffes på bakgrunn av profesjonsetiske regler for «god dommerskikk» som er utviklet av dommerprofesjonen selv, og som ikke nødvendigvis sammenfaller med noen gjeldende rettsregler, er det etter mitt syn gode grunner til å befeste et preg av selvdømme. Det er den vanlige ordningen for andre utvalg som håndhever profesjonsetiske regelverk.<sup>119</sup>

Det er i dag ikke klageadgang på tilsynsutvalgets vedtak, men vedtakets lovlighet kan prøves for domstolene, jf. domstolloven § 239 tredje ledd. Domstolkommisjonen har foreslått at det etableres et uavhengig administrativt klageorgan med full kompetanse til å overprøve utvalgets vedtak. Domstolkommisjonen har også foreslått å utvide domstolenes kompetanse i disiplinærsaker til å omfatte alle sider av saken, ikke bare lovlighetskontroll av Tilsynsutvalgets vedtak. Forslaget vil styrke det institusjonelle systemet som skal motvirke misbruk av disiplinærordningen og slik sett bidra til å ivareta statens plikt til å sikre domstolenes og dommernes uavhengighet. I og med at Tilsynsutvalget har svært begrensede sanksjonsmidler sammenliknet med disiplinærordninger i mange andre land, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om det er behov for en slik styrking.

## 7.6 Finansiering

Stortinget styrer overordnet sett domstolenes virksomhet gjennom lovgivnings- og bevilgningsmyndigheten. Tilstrekkelig finansiering fra det offentlige er helt avgjørende for å kunne opprettholde et forsvarlig og godt domstoltilbud med dommere som kan opptre uavhengig og upartisk i relasjon til ressurssterke aktører i samfunnet. Domstolene kan ikke finansiere seg selv og en relasjon mellom den bevilgende og den dømmende makt er helt nødvendig. I spørsmål om finansiering er EMD først og fremst på vakt mot finansieringsordninger som gir utøvende myndighet innflytelse på budsjettprosessen. Finansiering over et statsbudsjett styrt av parlamentet er ikke ansett som problematisk.<sup>120</sup>

Budsjettprosessen til domstolene følger de alminnelige budsjettprinsippene i staten. Det vil si at domstolene er finansiert av et budsjett som er basert på kontantprinsippet og er

---

<sup>115</sup> CCJE Opinion nr. 10 (2007) On the Council for the Judiciary at the Service for Society, avsnitt 64.

<sup>116</sup> *Oleksandr Volkov mot Ukraina* (21722/11), dom 9. januar 2013 avsnitt 111.

<sup>117</sup> Blant annet at den etterfølgende ankebehandlingen av saken ikke kompenserte for manglene i domstolrådets sammensetning.

<sup>118</sup> Se NOU 2020: 11 s. 160.

<sup>119</sup> Som for eksempel Granskingsutvalget som håndhever brudd på forskningsetiske retningslinjer blant forskere og Pressens Faglige Utvalg (PFU) som håndhever brudd på Vær Varsom Plakaten blant journalister.

<sup>120</sup> Se Olujic mot Kroatia avsnitt 40.



ettårig.<sup>121</sup> Nytt statsbudsjett, med rettsvesenet som eget programområde, vedtas hvert år av Stortinget etter forslag fra regjeringen. For å heve terskelen for at Stortinget kan benytte bevilgningsmyndigheten til å undergrave uavhengigheten til domstolen, har Domstolkommisjonen har anbefalt å lovfeste en prosess som gir den dømmende makt en noe mer definert rolle i budsjettprosessen.<sup>122</sup> Det konkrete forslaget går ut på å pålegge departementet en plikt til å drøfte rammene for domstolenes budsjett med Domstoladministrasjonen samt en plikt for regjeringen til å legge ved domstolenes budsjettforslag til budsjettproposisjonen dersom regjeringens forslag avviker fra Domstoladministrasjonens forslag etter at drøftelsene har funnet sted. Dette skal sikre offentlighet rundt regjeringens budsjettforslag og være en preventiv effekt mot budsjettkutt og indirekte press fra utøvende myndighet.

## 8 Domstolenes interne relasjoner

### 8.1 Fra enedommerembeter til kollegiale domstoler

Kravet om en uavhengig dømmende virksomhet gjelder ikke bare utad overfor statsmakter, parter eller andre samfunnsaktører, men også *innad* i domstolen, jf. kravet om å sikre den enkelte dommers uavhengighet i Grl. § 95 annet ledd. Før i tiden var dette uproblematisk. Frem til 1980-tallet var de såkalte «enedommerembetene», med en sorenskriver uten andre fast ansatte dommere i organisasjonen, hovedmodellen for tingrettsstrukturen i Norge.<sup>123</sup> Siden den tid har enedommerembetene blitt faset ut gjennom sammenslåinger.<sup>124</sup> De siste 15 enedommerembetene forsvant med strukturreformen som ble gjennomført 26. april 2021.<sup>125</sup> Alle dagens 23 tingretter er, som de seks lagmannsrettene og Høyesterett, «kollegiale» domstoler, det vil si domstoler med flere fast ansatte dommere. Antall faste dommerstillinger i den enkelte domstol kan riktignok variere fra tre (Vestre Finnmark tingrett) til 125 (Oslo tingrett). Utviklingen med sammenslåinger og større domstolorganisasjoner er et felleseuropeisk utviklingstrekk.<sup>126</sup>

I kollegiale domstoler oppstår det muligheter for at avgjørelsen til enkeltdommere kan være påvirket av domstolleder eller kollegers syn på saken. Staten må hindre at dette skjer for å ivareta sikringsplikten. I saken *Agrokompleks mot Ukraina* uttalte EMD seg om hvilke krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til intern uavhengighet i domstolen:

«The Court further observes that judicial independence and impartiality, as viewed from an objective perspective, demand that individual judges be free from undue influence – not only from outside the judiciary, but also from within. This internal judicial independence requires that judges be free from directives or pressures from fellow judges or those who have administrative responsibilities in a court such as, for example, the president of the court. The absence of sufficient safeguards ensuring the independence of judges within the judiciary and, in particular, vis-à-vis their judicial superiors, may lead the Court

<sup>121</sup> Se nærmere NOU 2020: 11 s. 192 flg.

<sup>122</sup> Se forslag til nytt første ledd i domstoloven § 33 c i NOU 2020: 11 s. 356.

<sup>123</sup> Se NOU 1980: 12 Distriktsrettene: herreds- og byrettene i framtiden s. 84–88.

<sup>124</sup> Før den forrige store strukturreformen som ble vedtatt i 2001, var fortsatt mer enn 40% av tingrettene enedommerembeter (39 av 93), se NOU 1999: 19 s. 290.

<sup>125</sup> Se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/historisk-dag-i-domstol-norge/id2845894/>.

<sup>126</sup> Dokumentert av European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) Studies No. 26 (2018) s. 211.

to conclude that an applicant's doubts as to the independence and impartiality of a court may be said to have been objectively justified.»<sup>127</sup>

I denne saken hadde domstollederen for en høyere voldgiftsdomstol bedt dommerne i saken om å revurdere utfallet av en insolvensbehandling for det daværende største oljeraffineriet i Ukraina. Her var det altså tale om direkte påvirkning på den dømmende virksomheten. Hvilke interne rutiner som er nødvendige for å opprettholde tilliten til at den enkelte dommer i en kollegial domstol faktisk kan opptre uavhengig, er ikke så klart.

Ledelse av domstolorganisasjoner har stått på sakskartet for praktiske og politiske diskusjoner i Europa siden 1990-tallet.<sup>128</sup> Fra årtusenskiftet har det vokst frem et eget forskningsfelt der ledelsesmodeller og ledelsesteori blir drøftet i lys av de særlige krav som stilles til uavhengighet for dommeren i saksbehandlingen.<sup>129</sup>

Kristel Heyerdahl har hevdet at mangelen på et transparent system for domstolleders fordeling av saker er den prinsipielt største utfordringen for norske dommers interne uavhengighet.<sup>130</sup> I europeiske sammenlikninger kommer den norske ordningen for saksfordeling svært dårlig ut, faktisk dårligere enn noe annet land.<sup>131</sup> Tradisjonen med enedommerembeter er en historisk forklaring på dette, men kan ikke lenger tjene som unnskyldning. Ordningen for saksfordeling skal drøftes nærmere i lys av krav til intern uavhengighet nedenfor i punkt 8.4. Etter mitt syn er dommerfullmektigordningen en større prinsipiell utfordring for den interne uavhengigheten i domstolene enn det mangelfulle systemet for saksbehandling. Vi skal se på dette først.

## 8.2 Domstolleders oppgaver og myndighet

Ledelse av en kollegial domstol må ivareta administrative oppgaver som ikke er vesensforskjellige fra lederoppgaver i andre små og mellomstore organisasjoner. I større domstolorganisasjoner vil mange administrative oppgaver være ivaretatt av en administrasjonssjef eller direktør. Det er likevel domstollederen som har totalansvaret for organisasjonen.<sup>132</sup> Dette følger av domstoloven som legger avgjørelseskompetansen i alle avgjørelser og forføyninger «som ikke gjelder de enkelte rettssaker» til domstolleder.<sup>133</sup>

Som arbeidsgiver har domstolleder *administrativ* styringsrett overfor sine dommerkolleger, men ingen styringsrett i den dømmende virksomheten. Statens plikt til å

---

<sup>127</sup> Agrokompleks mot Ukraina (23465/03), dom 6. oktober 2011 avsnitt 137.

<sup>128</sup> Se Philip Langbroek og Mirjam Westenberg, *Court Administration and Quality Work in Judiciaries in Four European Countries. Empirical Exploration and Constitutional Implications*, Schriftenreihe zur Justizforschung (vol 9, Stämpfli Verlag/Nomos Verlag/Verlag Österreich, Bern/Baden-Baden/Wien 2018) s. 13.

<sup>129</sup> Foruten Langbroek og Westenberg (2018) nevnt over, se for eksempel Patrick Maier, *New Public Management in der Justiz*, (Paul Haupt Verlag 1999), Marco Fabri og Philip M. Langbroek (eds.), *The Challenge of Change for Judicial Systems, developing a Public Administration Perspective* (IOS Press 2000), Andreas Lienhard and Daniel Kettiger (eds), *The Judiciary between Management and the Rule of Law, Results of the Research Project 'Basic Research into Court Management in Switzerland*, Schriftenreihe zur Justizforschung (vol 6, Stämpfli Verlag/Nomos Verlag/Verlag Österreich, Bern/Baden-Baden/Wien 2016) og Emmanuel Jeuland (ed) *Gestion du Tribunal/Court Management. Pour un principe de coordination en matière gestion du tribunal/For a Principle of Coordination in Court Management*, (IRJS Éditions 2019).

<sup>130</sup> Se Kristel Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommernes uavhengighet», *Lov og Rett* 2017 s. 373–387, DOI: 10.18261/issn.1504-3061-2017-07-02.

<sup>131</sup> Dette gjelder ENCJs undersøkelse av *Independence, Accountability and Quality of the Judiciary: Performance Indicators* 2015 (s. 37) og 2017 (s. 29) blant 23 europeiske land.

<sup>132</sup> Jf. NOU 2020: 11 s. 173–174.

<sup>133</sup> Se domstoloven § 13 (lagmannsrettene) og § 21 første ledd (tingrettene).

sikre dommeres uavhengighet bidrar altså til en skarp avgrensning av av domstolleders styringsrett som arbeidsgiver. Domstolleder kan bestemme når en dommer skal kunne benytte en rettssal til en bestemt sak, men ikke hvordan dommeren skal administrere saken eller hvilket utfall den skal få. Det legitime området for ledelse i en domstolorganisasjon ligger «*innenfor* domstolen, men *utenfor* saken». <sup>134</sup> Det kan lyde som en enkel og klar avgrensning. Ved nærmere blick på prosesslovgivningen er det lett å finne gråsoner. Et eksempel er bestemmelsen i tvisteloven § 11-7 som pålegger domstolleder å påse at plikten til aktiv saksstyring følges opp av den enkelte dommer, vurdere dommerbytte og eventuelt overta saken selv om så ikke skjer. Spørsmål om intern uavhengighet i domstolene, og behovet for tiltak for å sikre funksjonell uavhengighet for den enkelte dommer, må derfor vurderes i lys av at prosessreglene i mange tilfeller krever at domstolleder treffer avgjørelser som vil være basert på en vurdering av evne til håndtering av en konkret sak hos enkeltdommere.

### 8.3 Dommerfullmektigordningen

Omtrent halvparten av fagdommerne som dømmer i de norske tingrettene i løpet av et år, er dommerfullmektiger. <sup>135</sup> Slike fullmektiger opptrer «på dommerens vegne» og dømmer normalt på fullmakt fra domstolleder, jf. domstolloven § 23 annet ledd. <sup>136</sup> Domstolleder kan bestemme om og når fullmakt skal gis og kan i prinsippet når som helst trekke fullmakten tilbake. Dommerfullmektiger får sin habilitet avledet av domstolleder, jf. domstolloven § 109. Det er altså et klart avhengighetsforhold mellom dommerfullmektiger og domstolledere som ikke står seg godt mot internasjonale krav til intern uavhengighet i domstolene.

Funksjonstiden til dommerfullmektiger er i rundskriv i utgangspunktet fastsatt til to år, men kan forlenges til tre år. <sup>137</sup> Oslo tingrett har dessuten særskilt adgang til å gi fornyet kontrakt på bedre vilkår i inntil tre år (dommerfullmektig I). <sup>138</sup> Som hovedregel gis dommerfullmektiger alminnelig fullmakt til å dømme tidligere enn de anbefalte tre månedene, og ansvarsområdet er svært bredt. <sup>139</sup> Det er få begrensninger og til dels noe uklare rammer for hvilke sakstyper fullmektiger under opplæring kan pådømme alene. I straffesaker basert på en tiltale som gjelder lovbrudd på mer enn seks år, kan retten som hovedregel ikke settes med dommerfullmektig, jf. straffeprosessloven § 276 fjerde ledd. Justis- og beredskapsdepartementet har dessuten gitt administrative bestemmelser i rundskriv som begrenser dommerfullmektigers kompetanse. Av disse bestemmelsene følger det blant annet at dommerfullmektiger ikke *bør* overlates saker vedrørende overprøving av fylkesnemndas vedtak i saker etter lov om barnevern eller lov om helse- og sosialsaker og normalt skal ha særskilt fullmakt fra domstolleder for å kunne behandle skjønnssaker. <sup>140</sup> En undersøkelse Dommerfullmektigforeningen gjorde i 2019 viste at 33 prosent av medlemmene likevel

---

<sup>134</sup> Emmanuel Jeuland (ed) *Gestion du Tribunal/Court Management. Pour un principe de coordination en matière gestion du tribunal/For a Principle of Coordination in Court Management*, (IRJS Éditions 2019) s. 11.

<sup>135</sup> Se NOU 2020: 11 s. 136.

<sup>136</sup> Domstoladministrasjonen har videreført de administrative bestemmelsene om dommerfullmektigers ansettelse

<sup>137</sup> I rundskriv G-1999-46 fra Justis- og politidepartementet § 2-1.

<sup>138</sup> G-1999-46 § 6-2.

<sup>139</sup> Jf. NOU 2020: 11 s. 135.

<sup>140</sup> G-46/99 Administrative bestemmelser om dommerfullmektigers ansettelsesforhold, pkt. 5–6.

behandlet barnevernssaker.<sup>141</sup> Retningslinjene som gjelder for sakstildeling til dommerfullmaktiger synes i det hele i begrenset grad å bli etterlevd.<sup>142</sup>

De uklare rammene for hvilke saker dommerfullmektiger kan behandle og den mangelfulle etterlevelsen av de retningslinjene som fins, utfordrer sikringsplikten i Grunnloven § 95 annet ledd. For EMD vil for eksempel det at vi har retningslinjer som ikke er fulgt i en enkeltsak kunne være et argument for at domstolen ikke oppfyller kravet om å være «opprettet ved lov» i EMK artikkel 6 nr. 1. Saken *Ezgeta mot Kroatia* er illustrerende.<sup>143</sup> Saken dreide seg i utgangspunktet om en sivil tvist om eiendomsgrenser i et boligbyggingsfelt. En rettsadministrator med begrenset domskompetanse fattet avgjørelse i saken i første instans. Administratorens kompetanse var begrenset til småkravssaker om økonomiske verdier. Det var fremsatt krav om ikke-økonomisk kompensasjon i form av justering av eiendomsgrenser, slik at det lå utenfor rettsadministratorens kompetanse å behandle denne typen krav på egen hånd. EMD konstaterte mot denne bakgrunn at domstolen ikke oppfylte kravet om å være «opprettet ved lov» i EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>144</sup> Virkningen av en slik feil vil være at saken må oppheves.<sup>145</sup>

Domstolkommisjon stod samlet i et standpunkt om at den nåværende ordningen med dommerfullmektiger ikke kan videreføres som i dag. Det store omfanget av bruk av dommere som dømmer på fullmakt fra domstolleder i en midlertidig stilling utgjør et problem av flere grunner. For det første er det problematisk, i lys av krav til *intern* uavhengighet, at domstolleder formelt sett har kompetanse til å instruere halvparten av dommerne som dømmer i første instans. For det andre er det problematisk, i lys av krav til *ekstern* uavhengighet, at halvparten av dommerne som dømmer i første instans faktisk er midlertidig ansatte og dermed står uten det mest elementære strukturelle stillingsvernet for alminnelige dommere: At avskjed før pensjonsalder bare skal kunne skje ved dom. Det midlertidige ansettelsesforholdet innebærer dessuten at dommerfullmektigen enten står i relasjon til en arbeidsgiver som vedkommende er i permisjon fra eller om kort tid vil måtte etablere en relasjon til en ny arbeidsgiver. I et uavhengighetsperspektiv er ingen av disse situasjonene optimale. Det er neppe mulig å unngå en viss bruk av midlertidige stillinger i domstolene, men dagens volum er urovekkende.

Et flertall i Domstolkommisjonen gikk inn for å videreføre dommerfullmektigordningen med betydelige innstramminger i hvilke saker en dommerfullmektig kan behandle, endringer i tilsettingsprosedyre slik at flere enn domstolleder avgjør hvem som skal tilsettes i slik stilling og klarere begrensninger i lengde på tjenestetid.<sup>146</sup> Av hensyn til intern uavhengighet foreslo flertallet at særregelen om adgang til ny fullmektigperiode i Oslo tingrett avvikles. I ny form vil for eksempel opplæringsdelen kunne være utbygget og formalisert og den dømmende kompetansen til dommerfullmektigene innskrenket ved lov. Kravet om at domstolen er lovlig sammensatt blir da viktig å overvåke. Flertallet mente også at dommerfullmektigens oppgaver bør innbefatte utredningsoppdrag for embetsdommere.<sup>147</sup> En slik ny modell for dommerfullmektigordningen vil være et steg i retning av en byråkratisk modell for dommerrekruttering.

---

<sup>141</sup> Se NOU 2020: 11 s. 135.

<sup>142</sup> Jf. NOU 2020: 11 s. 146.

<sup>143</sup> *Ezgeta mot Kroatia* (40562/12), dom 7. september 2017.

<sup>144</sup> Se avsnitt 44.

<sup>145</sup> Jf. tvisteloven § 29-21 nr. 2 bokstav b og straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3.

<sup>146</sup> Se NOU 2020: 11 s. 148.

<sup>147</sup> Jf. NOU 2020: 11 s. 148.

Også i dette spørsmålet hørte jeg til blant mindretallet som gikk inn for å avvikle ordningen og etablere en utrederfunksjon. Dette forslaget må betraktes i lys av at tidligere forsøk på å stramme inn ordningen ikke har vært vellykket. Etter mitt syn er storforbruket av dommerfullmektiger et uttrykk for at det trengs flere faste embetsstillinger som dommer i Norge. Et kompromiss mellom de to forslagene vil kunne være å øke andelen av faste embetsdommere i tingrettene og bevare en treårig dommerfullmektigordning der alminnelig fullmakt til å lede hovedforhandling og avsi dom ikke kan gis før etter ett års tjenestetid som utreder.

## 8.4 Rutiner for saksfordeling og dommerbytte

Som nevnt foran (i punkt 8.1) har Kristel Heyerdahl pekt på mangelen på et transparent system for domstolleders fordeling av saker som den prinsipielt største utfordringen for den interne uavhengigheten i norske domstoler. Selv om domstolleder ikke har noen intensjon om å oppnå et bestemt resultat i saken, kan en håndplukking av en dommer til en sak, eller erstatning av en dommer underveis i saken, se betenkelig ut for den som står utenfor domstolen. Uten transparente kriterier for saksfordeling er det vanskelig å oppfylle den objektive testen EMD benytter til å vurdere om domstolen har vært upartisk.

I praksis har EMD understreket at statene har en skjønnsmargin i spørsmålet om hvordan saker skal fordeles innad i domstolen og mellom domstoler. Det tas høyde for at nasjonale myndigheter må kunne ta i betraktning en rekke faktorer, slik som for eksempel tilgjengelige ressurser, dommernes kvalifikasjoner, interessekonflikter og tilgjengelighet til rettslokale.<sup>148</sup> Samtidig blir det understreket at det like fullt er EMDs oppgave å forsikre seg om at saksfordelingen tilfredsstillende kravene om uavhengighet og upartiskhet i EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>149</sup> I flere saker har EMD pekt på at fravær av transparente rutiner for saksfordeling i domstolen,<sup>150</sup> og mangel på begrunnelse for et dommerbytte overfor partene,<sup>151</sup> har ført til at retten til å få en sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol i EMK artikkel 6 nr. 1 må anses som krenket.

EMDs avgjørelse i saken *DMD Group, A.S. mot Slovakia* illustrerer både betydningen av transparente systemer og objektive kriterier for saksfordeling og kvalitetskrav til begrunnelser for dommerbytter. Kjernen i saken var at gjennomføringen av en tvangsforretning på 2,9 millioner Euro i DMD Groups favør var blitt stanset av domstolleder i en slovakisk distriktsdomstol. Avgjørelsen kunne ikke påankes, men ble klaget inn for EMD under påstand om at saken ikke var blitt behandlet av en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. I utgangspunktet ble alle saker om tvangsinn drivelse behandlet av en bestemt avdeling ledet av domstolleder. DMD Groups sak var allerede berammet for behandling i denne avdelingen. Ved tiltredelse av ny domstolleder, ble det laget en rotasjonsordning slik at saker om tvangsinn drivelse ble jevnt fordelt til åtte ulike avdelinger. Den nye domstollederen omfordelte deretter DMD Groups sak til seg selv og begrunnet dette i den nye rotasjonsordningen. EMD tok utgangspunkt i at domstolleder i det slovakiske rettssystemet var direkte underlagt justisdepartementet. Dette er typisk i den byråkratiske modellen for domstoler i Europa. Ved sakstildelingen i et slikt system måtte domstolleder

---

<sup>148</sup> Pasquini mot San Marino (50956/16), dom 2. mai 2019 avsnitt 103 og 107 og Bochan mot Ukraina (7577/02), dom 3. mai 2007 avsnitt 71 og Moiseyev mot Russland (62936/00), dom 9. oktober 2008 avsnitt 176.

<sup>149</sup> Pasquini mot San Marino avsnitt 103, Bochan mot Ukraina avsnitt 71.

<sup>150</sup> Se for eksempel Moiseyev mot Russland avsnitt 177 of *Miracle Europe Kft mot Ungarn* (57774/13), dom 12. januar 2016 avsnitt 58.

<sup>151</sup> Moiseyev mot Russland avsnitt 179–180, Bochan mot Ukraina avsnitt 72, og *DMD Group, A.S. mot Slovakia* (19334/03), dom 5. oktober 2010 avsnitt 70.

snarere betraktes som en aktør for utøvende makt enn for den dømmende makt. Under slike forhold måtte det stilles særlig strenge krav om objektive og transparente systemer for tildeling av saker:

«The Court is of the view that, in such circumstances, the paramount importance of judicial independence and legal certainty for the rule of law call for particular clarity of the rules applied in any one case and for clear safeguards to ensure objectivity and transparency, and, above all, to avoid any appearance of arbitrariness in the assignment of particular cases to judges.»<sup>152</sup>

EMD konkluderte med at EMK artikkel 6 nr. 1 var krenket fordi det ikke var blitt dokumentert at omfordelingen hadde skjedd av objektive grunner. Det var heller ikke klart at domstolleders skjønnsutøvelse ved tildeling av saken til seg selv hadde vært transparent.<sup>153</sup>

Etter opprettelsen av den uavhengige Domstoladministrasjonen i 2002 har norske domstoler ikke vært administrativt underlagt Justis- og beredskapsdepartementet. Dette kunne tale for at kravene i DMD Group-saken ikke er direkte overførbare til norske forhold. I den etterfølgende saken *Miracle Europe Kft mot Ungarn* synes EMD imidlertid å legge kvalitetskravene til strukturer for saksfordeling fra DMD Group-saken til grunn uten forbehold for administrasjonsordning.<sup>154</sup> Her ble det pekt på at dersom saksfordeling skulle være overlatt til domstolleders skjønn, ville det være fritt frem for spekulasjoner om utilbørlige motiver for tildeling av en bestemt sak til en bestemt dommer selv om saksfordelingen i og for seg hadde skjedd etter transparente kriterier. Dessuten kunne skjønnet misbrukes til å legge utilbørlig press på enkelte dommere gjennom stor arbeidsbelastning eller til å marginalisere andre dommere ved systematisk tildeling av lavprofil-saker. Saksfordeling måtte derfor skje etter forhåndsfastsatte kriterier og være basert på generelle og objektive prinsipper for å være i tråd med kravene i EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>155</sup>

For å bringe norsk rett i samsvar med de organisatoriske kravene EMD stiller, har Domstolkommisjonen foreslått å lovfeste mer detaljerte krav til saksbehandlingen i domstolloven med følgende ordlyd:

«Saksfordelingen skal ikke kunne påvirke utfallet av en sak. Saksfordelingen skal baseres på saklige og objektive kriterier som tilfeldighet, særskilt fagkunnskap, kompetanse eller erfaring. Det skal legges til rette for en rimelig arbeidsfordeling mellom dommerne og en effektiv bruk av domstolenes ressurser. Fordeling av en sak som allerede er tildelt en dommer, skal begrunnes skriftlig når dommeren motsetter seg omfordeling.»<sup>156</sup>

Ved presiseringen av at kriteriene må være objektive, får bestemmelsen frem at begrunnelsen for regler om saksfordeling ikke bare er at utfallet ikke skal kunne påvirkes, men også at det ikke skal kunne være grunn til å spekulere i om dette kan ha skjedd. Et slikt lovfestet og transparent system for saksfordeling vil være et strukturelt tiltak som kan bidra til å oppfylle sikringsplikten i Grunnloven 95 andre ledd. Et ytterligere moment som Domstolkommisjonen la vekt på, er at slik lovregulering også vil kunne bidra til å skape en *intern kultur* som er

---

<sup>152</sup> DMD Group A.S. mot Slovakia (19334/03), dom 5. oktober 2010 avsnitt 66.

<sup>153</sup> DMD Group A.S. mot Slovakia avsnitt 70.

<sup>154</sup> *Miracle Europe Kft mot Ungarn* (57774/13), dom 12. januar 2016 avsnitt 57.

<sup>155</sup> *Miracle Europe Kft mot Ungarn* avsnitt 58.

<sup>156</sup> Se utk. domstolloven § 11 femte ledd (lagmannsretten) og § 19 femte ledd (tingretten).

forenlig med prinsippet om dommernes uavhengighet.<sup>157</sup> Med avviklingen av enedommerembetene og gjennomføringen av domstolreform i 2021, er behovet for å bygge en slik kultur større enn før.

## 9 Avslutning

Grunnloven § 95 annet ledd pålegger myndighetene å sikre at norske domstoler er uavhengige og har upartiske dommere som kan fungere som rettsstatens voktere. Artikkelen har pekt på en rekke ulike aspekter av sikringsplikten, demonstrert hvilke krav som stilles under EMK artikkel 6 nr. 1 og forklart hvilke ordninger Domstolkommisjonen har foreslått for å styrke uavhengigheten til domstolene på de omtalte punktene.

Sikringsplikten innhold beror på hvilke relasjoner som til enhver tid er tilgjengelige og mulige som påvirkningskanaler i eksterne og interne relasjoner. Dette er nasjonale variabler. Det fins like mange domstolsordninger i Europa som det er medlemsstater. EMD har akseptert at de 47 medlemstatene i Europarådet må ha en skjønnsmargin når det gjelder forvaltningsordninger for domstolene og for dommerrekruttering. Det er ikke gitt at stater med langvarige rettsstatstradisjoner nødvendigvis har behov for å sikre uavhengigheten og upartiskheten til domstoler og dommere på samme måte som stater med kortvarig tradisjon for å ha domstoler som er uavhengige fra den utøvende makt.

I internasjonal teori har det vært pekt på at det er grunn til å være mer oppmerksom på – og kritisk til – at EMD systematisk forflytter statsmakt fra politiske myndigheter til domstolene og bidrar til å omforme og standardisere nasjonale domstolsystem ved å pålegge positive plikter til å utforme domstolssystem på en bestemt måte.<sup>158</sup> Tendensen til å utvikle EMK artikkel 6 nr. 1 som «strukturell rettighet», en rettighet som pålegger positive plikter til å innrette den rettsstatlige arkitekturen basert på EMDs standpunkter i enkeltsaker, har altså vært kritisert.

Hvilke relasjoner domstoler og dommere *ikke* kan ha til andre statsmakter, parter, dommerkolleger og samfunnet for øvrig må utvilsomt drøftes kritisk innenfor vår egen nasjonale kontekst. Samtidig er det all grunn til å være oppmerksom på at rettsstaten er sårbar og kan forvitte. Domstolkommisjonen har pekt på en rekke svakheter ved dagens system som det er grunn til å ta på alvor. Når det gjelder sikring av intern uavhengighet, er både omlegging av dommerfullmektigordningen og etablering av objektive og transparente rutiner for saksfordeling åpenbare oppgaver å prioritere. Etter mitt syn er det viktigste grepet likevel å styrke den eksterne uavhengigheten til domstolene ved en utbygging av et mer helhetlig grunnlovvern for den dømmende makt. Forslagene til grunnlovsreform ble fremmet for det tredje storting i perioden (2017-2021). Om det nye Stortinget som blir valgt i 2021 stiller seg bak forslagene, vil domstolene få et betydelig sterkere vern mot angrep som skyldes kortvarige politiske strømninger. Det er ingen grunn til å teste ut hvor langt en eksisterende robust rettstatlig kultur rekker som bolverk mot at det bygges relasjoner til domstoler og dommere som er vanskelige å forene med rettsstatlige krav. Det politiske handlingsrommet for å gi den dømmende makt et mer helhetlig grunnlovvern står åpent nå.

---

<sup>157</sup> Se NOU 2020: 11 s. 186.

<sup>158</sup> Se David Kosar, «Nudging Domestic Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design», *Utrecht Law Review* 2017 s. 112–123, DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.368>.