

Vinner stat og kommune for mange saker i Høyesterett?

Av regjeringsadvokat Sven Ole Fagernæs

Jeg var til stede da Advokatforeningens leder Anders Ryssdal holdt sin årstale for 2006. Umiddelbart ble jeg overrasket over hans budskap om forholdet mellom private og det offentlige i Høyesterett. Etter min oppfatning stemte ikke de funn han mente å utlede, med mine egne erfaringer og oppfatninger.

Vi har nå hos Regjeringsadvokaten gått nøyere gjennom det tallmaterialet som ble fremlagt. En umiddelbar refleksjon var at variasjoner mellom de enkelte år gjorde at de stikkprøvene Advokatforeningen hadde foretatt med ti års intervaller, ble for tilfeldige. Vi har derfor gått gjennom utfallet av saker mellom det offentlige og private for hvert år i de ti siste årene. Og våre funn synes å understøtte mine mer umiddelbare skeptiske reaksjoner.

Slik jeg oppfattet talen, hadde foreningens leder tre observasjoner:

- Det offentlige får medhold i flest saker for Høyesterett
- Det er en tendens til at det offentlige vinner en større andel av sakene nå enn tidligere
- De private kommer bedre ut innen skatte - og avgiftssaker

Av disse observasjonene trakk han den konklusjon at den viktigste grunnen til at det offentlige vinner mer enn de private, er ressursulikhet mellom partene.

Jeg vil i det følgende knytte noen kommentarer til disse synspunktene.

”Det offentlige får medhold i flest saker for Høyesterett”

Det er riktig at det offentlige gjennomgående vinner noen flere saker enn de private, selv om det er variasjoner fra år til år. Enkelte år vinner de private mer – slik det framgår av diagrammet nedenfor. Her ser vi utfallet i Høyesterett i de ti siste årene, i tillegg til de årene Advokatforeningen hadde undersøkt.

Selv om det ikke direkte er sagt i årstalen, synes fremstillingen å bygge på en underliggende forutsetning om at den ideelle (og riktige) norm er at private parter og det offentlige skal vinne like mye. For uinnvidde kan dette høres tilforlatelig ut, men etter min oppfatning vil det være et faretegn for staten om det over tid skulle tape like mye i Høyesterett som den vant.

Det er en rekke grunner til dette.

For det første er det slik at det offentlige er innanket part i langt flere saker enn det er ankende. Som innanket part har staten/kommunen vunnet i lagmannsretten. Normalt vil derfor sannsynligheten for å vinne også i Høyesterett være større.

Denne effekten motvirkes riktignok til en viss grad av silingsordningen i Høyesterett. Det er lettere å slippe inn saker hvor Kjæremålsutvalget (eller én av dommerne der) er i tvil om den påankede avgjørelse er riktig. Men likevel er det slik at det offentlige statistisk vinner flere saker som ankemotpart enn som ankende, selv om den samlede effekt ikke er svært stor. På

noen områder er forskjellen større. Det gjelder særlig skattesaker, som i talen er brukt som belegg for et synspunkt om betydningen av ressursulikhet. Dette kommer jeg tilbake til.

For det annet *siles* statens saker hos Regjeringsadvokaten. Staten er generelt tilbakeholden med å anke saker inn for Høyesterett. Det er ikke sjelden at Regjeringsadvokaten avstår fra å påanke saker som vi er relativt sikre på å vinne i Høyesterett. Høyesterett bør etter Regjeringsadvokatens oppfatning være en domstol som avgjør generelle rettslige prinsipper, og ikke en tredjeinstansdomstol som skal rette opp konkrete feil i lagmannsrettene. Dette innebærer at Regjeringsadvokaten kan anke saker hvor tapsrisikoen er svært stor, men hvor det er viktig å få en rettslig avklaring. Likevel utgjør den største gruppen av anker saker hvor vi mener vinnerjansen er stor. Dette er grunnen til at staten vinner en så stor andel av sakene til tross for de faktorene som er nevnt foran. Den omstendighet at staten likevel ikke vinner flere av sine anker, kan være et faresignal for våre vurderinger av prosessrisikoen. Men vår egen oppfatning av dette er at staten taper mer enn den burde gjøre etter en avveining av de kjølige rettskilder. Dette er imidlertid en annen diskusjon, som jeg tangerer i slutten av mitt innlegg.

Disse to silingsfunksjonene viser at det ikke gir mening å ha som en bakenforliggende generell eller statistisk norm at det ”riktige” er at det offentlige og de private skal vinne like mye i Høyesterett.

”Det offentlige vinner mer enn før”

Når vi ser på hvert av de siste ti årene i diagrammet, ser vi at det er variasjoner mellom de enkelte år, men at det ikke er lett å se noen hovedtendens i retning av at det offentlige nå vinner flere saker enn tidligere, slik det fremstilles i årstalen. Det er interessant å merke seg at også når man går langt tilbake i tid, er bildet det samme. I 1964 utarbeidet Terje Wold en tilsvarende oversikt over høyesterettssakene i årene 1950-1963. Staten vant i ca. 60 % av sakene - omlag som gjennomsnittet i det siste tiår

”De private kommer bedre ut i saker om skatt og avgift”

Når Advokatforeningens leder viser til at private vinner flere av skattesakene enn det generelle gjennomsnitt av saker, og bruker dette som en indikasjon på at de private vinner mer når ressursituasjonen synes å være mer lik, er dette for enkelt. For det første synes det ikke å være statistisk belegg for at utfallet er særlig forskjellig fra andre saker. Vinnerprosenten i skattesakene synes over et større antall år å ligge om lag på samme nivå som det generelle gjennomsnitt. For det annet er det som nevnt ovenfor slik at det er stor forskjell på anket og innanket parti – spesielt i skattesaker. Dette var en variabel som ikke var tatt med i Advokatforeningens statistikk. Det er innenfor andre sakstyper på det rene at det offentlige vinner mer enn de private selv om de private får betalt sine prosessutgifter gjennom hele prosessen. Og det gjelder sakstyper hvor Regjeringsadvokaten ikke har bedre forutsetninger enn de private advokatene. Jeg har på denne bakgrunn vanskelig for å at skattesakene kan benyttes som argumenter for det syn som ble fremhevet i talen.

”Ressursulikhet er grunnen til forskjellen i utfallet av rettssakene”

Advokatforeningens leder har generelt sett et poeng når han tar opp forskjellene i ressurstilgang mellom partene i rettssaker. Det er selvfølgelig riktig at det kan være store forskjeller i ressursstyrken hos parter i rettssaker, og at dette kan ha betydning for hvordan

sakene blir prosedert. Jeg har pleid å peke på at staten kan være ressurssterk i forhold til svake, men ressurs svak i forhold til de sterke i samfunnet. Dette er en viktig og interessant diskusjon, men når sakene kommer for Høyesterett er slike forskjeller langt på vei utjevnet. Jeg viser her til hva høyesterettsjustitiarius Tore Schei sa som en kommentar på årsmøtet (trykket i Advokatbladet 11/2006 side 33): at hans inntrykk er at de private parter prosessfullmektiger, bl.a. som følge av særregelen for fri sakførsel i Høyesterett, *i høy grad* evner å ivareta sine parter interesser. Vi har heller ingen subjektiv opplevelse av at styrkeforholdet mellom advokatene i Høyesterett er ujevnt.

Taper staten for mange saker i Høyesterett?

Det har fra tid til annen blusset opp en diskusjon om Høyesterett er for statsvennlig. Jeg har ikke sett at noen har lyktes med å påvise dette på en troverdig måte. Min egen opplevelse er snarere den stikk motsatte – at staten taper mer enn den burde gjøre. Og tap går ikke bare på det resultat som kan telles, men på betoning i premisser, på gradvis mer intens domstolskontroll, på skjerpning av saksbehandlingsregler, generell dynamisk rettsutvikling og vektlegging av konkret rimelighet.

Sett i et fugleperspektiv er mitt inntrykk at de mer overordnede fellesskapshensyn – og i det hele tatt generell og prinsipiell rettstenkning – har tapt terreng i forhold til betydningen av den konkrete og individuelle rimelighet. Det gjelder både for lovgivning og rettsanvendelse. Dette er i og for seg ikke så overraskende, fordi det antakelig gjenspeiler alminnelige oppfatninger i samfunnet.

Om dette har vært en heldig utvikling, er et verdispørsmål som det sikkert vil herske delte meninger om – også blant Høyesteretts dommere. Og kanskje vil oppfatningene variere for den enkelte avhengig av rettsområdet. Personlig tror jeg at større forutberegnelighet og aksept for mer generelle prinsipper – selv om de kan slå uheldig ut i grenseflatene – i lengden er mer rettferdig for de fleste enn å legge stor vekt på den konkrete rimelighet i den enkelte sak. Det er alltid de ressurssterke som vinner på en kompleks og uoversiktlig rettstilstand.

Det overrasker meg at så mange i denne diskusjonen om statsvennlighet synes å oppfatte staten som en institusjon som i egen interesse står mot de private. Ikke sjelden – for eksempel i plan- og bygningssaker eller tomtfestesaker – er det offentlige mer en oppmann mellom private interesser på hver sin side. Andre ganger er det offentlige beskytter av privatinteresser som andre ikke kan ivareta, som for eksempel i barnevernsaker – eller det ivaretar allmenne hensyn, som for eksempel miljøhensyn som kommer andre private til gode. I det hele tatt er det alltid noen mer eller mindre synlige private interesser bak staten som blir påvirket når staten taper.

Med de store utfordringer vi står overfor i fremtiden – både når det gjelder klimaet og en aldrende befolkning med langt færre yrkesaktive bak hver pensjonist – kan det være et spørsmål om ikke pendelen vil bevege seg noe tilbake fra det individuelle mot en sterkere fellesskapstenkning. Dette er imidlertid en stor, sammensatt og spennende diskusjon som Advokatforeningen kanskje kan ta opp ved en annen anledning.