

BEGRUNNELSESKRAVET VED LAGMANNSRETTENS ANKESILING I STRAFFESAKER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 613
Leveringsfrist: 25. April 2011

Til sammen 15 216 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn og presisering av tema	1
1.2	Avgrensninger, begrepsavklaringer og den videre fremstillingen	1
1.2.1	Avgrensninger	1
1.2.2	Begrepsavklaringer	2
1.2.3	Den videre fremstillingen	3
1.3	Om rettskildebruken	3
<u>2</u>	<u>GANGEN I EN ANKESAK</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>RETTSTILSTANDEN FØR LOVENDRINGEN</u>	<u>6</u>
<u>4</u>	<u>RETTSTILSTANDEN NÅ</u>	<u>9</u>
<u>5</u>	<u>HENSYN BAK BEGRUNNELSESKRAVET</u>	<u>11</u>
5.1	Innledning	11
5.2	Tillit til systemet	11
5.3	Styrke rettssikkerheten	12
5.4	Kontroll av makt (etterprøvbarehetshensynet)	13
5.5	Hindre faren for usaklige hensyn	14
5.6	Hensynet til en effektiv rettspleie	14
5.7	Oppsummering av hensynene	16

6	<u>HVA LIGGER DET I AT ANKENEKTelser MÅ BEGRUNNES?</u>	16
6.1	Innledning	16
6.2	Den absolutte nedre grensen	17
6.3	De ulike sakstypene	19
6.3.1	Korte, enkle og oversiktlige saker	19
6.3.2	Komplekse saker	21
6.3.3	Andre saker	26
7	<u>INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	33
7.1	Om tolkning av konvensjonsbestemmelser	33
7.2	SP art. 14 nr. 5	36
7.2.1	Anvendelsesområde	36
7.2.2	Forholdet til EMKs tilleggsprotokoll 7 art. 2 (TP 7-2)	38
7.2.3	Kravene i henhold til SP art. 14 nr. 5	39
7.2.3.1	Er ordningen med siling av anker i samsvar med SP art. 14 nr. 5?	39
7.2.3.2	Hvilke krav stiller SP art. 14 nr. 5 til begrunnelsens innhold?	40
7.3	EMK art. 6 nr. 1	42
7.3.1	Anvendelsesområde	42
7.3.2	Hvilke krav stilles til begrunnelsens innhold etter EMK art. 6 nr. 1?	43
8	<u>AVSLUTTENDE ORD</u>	47
9	<u>KILDER</u>	48

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og presisering av tema

10. desember 2010 ble det vedtatt at beslutninger om å nekte anker fremmet i straffesaker, som hovedregel må begrunnes¹. Lovbestemmelsen er tatt inn i straffeprosesslovens § 321 femte ledd og lyder: ”*Beslutning etter første ledd skal være begrunnet når særlige grunner tilsier det. Beslutning etter annet ledd skal være begrunnet. Beslutning etter fjerde ledd annet punktum skal være begrunnet når anken omfattes av annet ledd første punktum og det er fremsatt nye anførsler i begjæringen om omgjøring.*” Tilsvarende bestemmelse er vedtatt for anker til Høyesterett der siktede er frifunnet for i tingretten, men dømt i lagmannsretten².

Det er ikke lovfestet noe krav til begrunnelsens innhold, verken for beslutninger fra lagmannsrettene eller fra Høyesteretts ankeutvalg. Temaet i denne oppgaven er derfor hva som nærmere ligger i dette begrunnelseskrevet. Spørsmålet er; hvor mye skal til før man står overfor en tilfredsstillende begrunnelse?

1.2 Avgrensninger, begrepsavklaringer og den videre fremstillingen

1.2.1 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses mot begrunnelse for beslutninger om å nekte anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 i sivile saker, ettersom sivilprosessen faller utenfor oppgavens tema.

I tillegg vil hovedfokuset ligge på anker til lagmannsretten, selv om regelen er tilnærmet identisk ved anke til Høyesterett der siktede har blitt frifunnet i tingretten og dømt i lagmannsretten. Bakgrunnen for at jeg ønsker å gjøre det slik, er primært av pedagogiske

¹ Se Lovvedtak 3 (2010-2011)

² Se straffeprosessloven § 323

hensyn. Oppgaven blir enklere å følge uten krysshenvisninger til enhver tid. I tillegg skjer det ingen overprøving av Høyesteretts begrunnelser, i hvert fall ikke på det nasjonale plan. Rettskildemessig er det derfor mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i anker til lagmannsretten, selv om reglen må antas å være lik ved anker til Høyesterett.

Videre avgrenses oppgaven mot spørsmål knyttet til om strprl. §§ 321 og 323 bør gis tilbakevirkende kraft, jf. Rt. 2010 1170. Jeg nevner likevel at Høyesterett i storkammer (11 dommere) kom til at regelen *skulle* gis tilbakevirkende kraft. Selv om det ikke er oppstilt noen bestemt frist for klage til Menneskerettskomiteen, fant Høyesterett at det måtte være forsvarlig å legge til grunn at dersom det var gått mer enn fem år siden rettskraftig dom, må klageadgangen, og dermed gjenåpningsadgangen, anses avskåret med mindre det foreligger særlige omstendigheter som tilsier noe annet.

Oppgaven avgrenses også mot begrunnelseskravet i saker med lagrette. Dette er noe annet enn begrunnelseskravet ved ankenekting. Når en sak behandles med lagrette/jury, har ikke saken blitt nektet fremmet, tvert imot. Hensyn for og imot en eventuell juryordning, og spørsmål knyttet til juryens begrunnelse, blir derfor annerledes. Det som førte til regelendingen om at lagmannsretten nå må begrunne hvorfor en anke ikke tillates fremmet, var hovedsakelig for å sikre at domfelte fikk prøvet saken sin (minst) to ganger, av en overordnet domstol. Når en jury svarer ja eller nei på skyldspørsmålet, har saken allerede fått en dobbel behandling, først i tingretten, så i lagmannsretten. Begrunnelseskravet i saker med lagrette faller derfor utenfor oppgavens tema.

1.2.2 Begrepsavklaringer

I oppgaven blir begrepene ankenekting, forhåndsprøving og ankesiling (eventuelt bare ordet siling) brukt om hverandre. Begrepene beskriver (til dels ulike) sider ved den vurdering som tas prejudisielt før anken eventuelt slippes inn til realitetsbehandling for ankedomstolen. Ankenekting i snever forstand taler om den situasjon hvor anken nektes fremmet. I vid forstand omfatter begrepet den negative funksjonen ved samtykkeordningen. Forhåndsprøving taler i snever forstand om den enkelte prejudisielle vurdering. I vid

forstand omfatter begrepet den materielle siden ved samtykkeordningen. Ankesiling er en mer overordnet betegnelse på resultatene av samtykkeordningen, som fungerer som en sorteringsmekanisme.

1.2.3 Den videre fremstillingen

Oppgaven begynner med en kort redegjørelse for ankegangen, for deretter å gå over på rettstilstanden før lovendringen. Deretter går jeg nærmere inn på hensynene bak regelen, før jeg kommer til oppgavens hoveddel; hva som nærmere ligger i begrunnelseskravets innhold. Siste del omhandler de internasjonale forpliktelsene, med særlig fokus på FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 5 og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 6 nr. 1. Spørsmål jeg ser nærmere på her, er blant annet om lovendringen i strprl. § 321 femte ledd er tilstrekkelig til å si at det nå er samsvar mellom norsk og internasjonal rett. Kanskje burde Norge gått enda lenger? Jeg vil også se nærmere på om det kan utledes noe, materielt sett, fra de relevante internasjonale bestemmelsene, ved tolkningen av den norske regelen. Avslutningsvis skal jeg forsøke å samle trådene.

1.3 Om rettskildebruken

Oppgavens primære rettskilde er avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg. Regelen om at ankenektelser må begrunnes, er en regel som først ble utformet av domstolene. Selv om regelen nå er lovfestet, er det opp til domstolene å avgjøre hva som nærmere skal ligge i begrunnelsens innhold³. Avgjørelser fra Høyesterett blir dermed et naturlig utgangspunkt for oppgaven. Innholdet i begrunnelseskravet er det samme i sivile saker som ved ankenektelser i straffesaker⁴. Rettspraksis fra tvl. § 29-13 kan dermed også være relevant.

³ Se Prop. 141 L (2009-2010)

⁴ Se Rt. 2009 side 1118 avsnitt 59.

I del syv ser jeg nærmere på hva som kan utledes av de internasjonale forpliktelsene. Rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og uttalelser fra FNs Menneskerettskomité (Menneskerettskomiteen) er derfor også sentrale kilder i oppgaven.

2 Gangen i en ankesak

I 1993 ble ”to-instansreformen” vedtatt. Reformen trådte i kraft i 1995. Som navnet viser, var kjernen i reformen at straffesaker skal kunne behandles i to instanser. Reformen innebærer at alle straffesaker skal behandles i tingretten og deretter eventuelt ankes til lagmannsretten. Tidligere startet de alvorlige sakene i lagmannsretten, og ettersom Høyesterett ikke kan vurdere skyldspørsmålets faktiske side, fikk bare én instans foretatt bevisbedømmelse i disse sakene. Det sistnevnte gjelder fremdeles; hvis lagmannsrettens dom ankes til Høyesterett, jf. strprl. § 7, kan Høyesterett ikke prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, jf. § 306 annet ledd⁵. Forskjellen i dag er derimot at saken som utgangspunkt skal prøves fullt ut to ganger, i og med at den nå starter i tingretten, og ikke i lagmannsretten, som første instans.

Lovgiver har funnet det nødvendig at retten kan foreta en avsiling av de anker som slipper frem til muntlig ankeforhandling. Hensynet bak er ressurshensyn. Uten en slik silingsordning var lovgiver redd for å sprengt lagmannsrettens kapasitet⁶.

Både kriteriene ved ankesilingen og kravene til lagmannsrettens saksbehandling ved forhåndsvurdering av anker er regulert i strprl. § 321. Bestemmelsen har en tredeling av

⁵ I saker som er behandlet med lagrette kan Høyesterett dessuten bare i begrenset grad prøve lovanvendelsen, således bare på grunn av feil i rettsbelæringen dersom det ankes til skade for siktede, jf. strprl. § 306 tredje ledd, men for øvrig også på grunnlag av domspremissene, som imidlertid hovedsakelig gjelder straffutmålingen.

⁶ Se Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) *Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (to-instansbehandling, anke og juryordning)*.

ankesakene etter alvorlighetsgraden. Strprl. § 321 tredje ledd første punktum regulerer de ankene som angår forbrytelser som etter loven kan medføre fengsel i mer enn seks år. For disse sakene skjer det ingen forhåndsvurdering; disse ankene slipper automatisk gjennom til full ankebehandling.

For de minst alvorlige sakene, typisk der det ikke er påstått og ikke idømt annen reaksjon enn bot, inndragning, eller tap av rettigheter, er ankebehandling betinget av lagmannsrettens samtykke, jf. strprl. § 321 første ledd første punktum. For saker utover første og tredje ledd, gjelder i utgangspunktet en rett til å få en ordinær behandling av anken i lagmannsretten, det vil si med muntlig forhandling i rettsmøte hvor domfelte og eventuelle vitner, sakkyndige med videre møter og forklarer seg, og hvor den øvrige bevisføringen og argumentasjon skjer. Skal dette nektes, må retten finne det ”*klart at anken ikke vil føre frem*”, jf. strprl. § 321 annet ledd første punktum. Det er ankene som faller inn under annet ledd som tallmessig utgjør den desidert største av de tre gruppene⁷. Det er også disse som er tema i denne oppgaven.

Avgjørelse om å nekte samtykke eller om å nekte anken fremmet, treffes av tre lagdommere og krever enstemmighet, jf. strprl. § 321 fjerde ledd. Dette innebærer at anken skal fremmes, selv om to av tre dommere finner det klart at den ikke vil føre frem. En dommer som har stemt for å nekte anken fremmet fordi det anses klart at anken ikke kan føre frem, er inhabil til å behandle dette spørsmålet, men ikke andre sider av anken, se Rt. 2004 s. 1794.

Behandlingen er skriftlig, jf. § 324 første ledd, og avgjørelsesformen er beslutning, jf. § 321 femte ledd.

Hovedregelen i § 321 sjette ledd er at en avgjørelse som går ut på å nekte anken fremmet, eller som avslår en begjæring om å gjøre om en slik nektelse, ikke kan ankes eller brukes som ankegrunn mot en dom, jf. § 321 sjette ledd siste punktum. Avgjørelsen kan likevel

⁷ Jf. domstolsadministrasjonens statistikk over ankebehandling (www.domstol.no).

ankes på grunn av feil i saksbehandlingen, herunder om lagmannsrettens beslutning er tilstrekkelig begrunnet.

3 Rettstilstanden før lovendringen

Siden avgjørelsesformen etter § 321 er beslutning, innebar dette at avgjørelsen etter lovens system tidligere ikke behøvde å være begrunnet, jf. straffeprosessloven § 53 første ledd (som viser til § 52 annet ledd, men ikke til begrunnelsesplikten i § 52 første ledd). Det fantes unntak fra denne regelen også tidligere⁸, men utgangspunktet og den store hovedregelen, slik lovens system er bygd opp, er at beslutninger ikke krever begrunnelse.

At ankenektelsene skulle treffes ved beslutning som ikke krever begrunnelse (utad), var et gjennomtenkt og overveid standpunkt fra to-instansutvalget. Om dette heter det i NOU 1992: 28 side 53:

”En regel om at det skal gis begrunnelse i det meget store antall saker det her er tale om, vil imidlertid være meget ressurskrevende. Rett nok må dommeren utforme sine interne bemerkninger under saksbehandlingen, men det å utforme en begrunnelse som skal presenteres utad, vil kreve betydelig mer tid. Det er vanskelig å gi noen kort og samtidig meningsfylt begrunnelse for at dommerne er enige med herred- eller byretten og anser det klart at anken ikke vil føre frem. En mulighet kunne selvsagt være at retten kunne nøye seg med en rent sjablonpreget begrunnelse, men en slik begrunnelse ville være til liten nytte.”

I Rt. 2008 s. 1764 tok Høyesterett i storkammer stilling til om den norske ordningen med

⁸ Høyesteretts kjæremålsutvalg, nå Høyesteretts ankeutvalg, krevde i noen tilfeller at nektelsesbeslutninger måtte begrunnes. Dette skjedde i ulike situasjoner der utvalget, på bakgrunn av konkrete forhold ved tingrettens dom, fant grunn til å reise spørsmål ved ankenektelsen. Utvalget poengterte imidlertid at den begrunnelsesplikten det var tale om, kun skulle inntre ved ”ekstraordinære omstendigheter” eller lignende, hvilket tilsier at den hadde en nokså snever ramme.

ubegrunnet ankenektelse etter strprl. § 321 annet ledd var forenlig med SP art. 14 nr. 5. Denne bestemmelsen lyder slik: ”*Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.*”

På samme måte som EMK, gjelder SP som norsk lov med uttrykkelig forrang foran annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. SP tolkes og overvåkes av FNs menneskerettskomité, se mer om dette under punkt 7.1. Foranledningen til høyesterettssaken var at Menneskerettskomiteen i 2008 hadde truffet avgjørelse i den såkalte Restauratørsaken⁹ og funnet at den norske regelen stred mot kravet til toinstansbehandling i SP.

Saken gjaldt anke fra en restauratør som i tingretten var straffedømt for to tilfelle av merverdiavgiftsbedrageri for til sammen i overkant av 1,1 million kroner, ett tilfelle av unnlatt innsending av omsetningsoppgave, seks overtredelser av regnskapslovgivningen og to tilfelle av trygdebedrageri på til sammen ca. 236 000 kroner. Saken knyttet seg til hans virksomhet som restauratør og omfattet hovedsakelig driften av to restauranter, som han av tingretten ble funnet å ha vært leder av. Bevisføringen var omfattende og sammensatt, blant annet hva angår beregningen av antatt omsetning i restaurantene. Hovedforhandlingen gikk over fire uker, og det ble avhørt 41 vitner.

Anken, som var meget omfattende, tok opp sider ved saksbehandlingen og lovanvendelsen i tillegg til straffutmålingen. Anken over saksbehandlingen gjaldt særlig domsgrunnene. Det ble hevdet at disse etterlot tvil om retten hadde anvendt riktig beviskrav, og om retten hadde forstått hvordan den antatte omsetningen som lå til grunn for tiltalen for merverdiavgiftsbedrageri, var beregnet. Det ble også anført at retten hadde lagt vekt på bevis som ikke hadde vært undergitt kontradiktorisk behandling. Bevisbedømmelsen ble angrepet hva angår tingrettens vurdering av hvilket beløp som var unndratt merverdiavgift, og omfanget av trygdebedrageriet. Også domsslutningen vedrørende erstatning og saksomkostninger var omfattet av anken.

⁹ Se Communication No. 1542/2007

I lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet var det, foruten en gjengivelse av ankegrunnene, kun tatt inn en setning om at lagmannsretten hadde funnet det klart at anken ikke ville føre fram. Kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg ble forkastet, jf. straffeprosessloven § 321 sjette ledd.

Klagen til Menneskerettskomiteen rettet seg hovedsakelig mot manglende begrunnelse for lagmannsrettens beslutning, sett på bakgrunn av de feil og mangler som var påberopt i anken.

I avsnitt 8 i sin avgjørelse, konkluderte Menneskerettskomiteen med at det hadde skjedd en krenkelse av SP art. 14 nr. 5. Grunnlaget for denne konklusjonen finner vi i avsnitt 7.2, der det heter:

”[...]the lack of a duly reasoned judgment, even if in brief form, providing a justification for the court's decision that the appeal would be unsuccessful, impairs the effective exercise of the right to have one's conviction reviewed as required by article 14, paragraph 5, of the Covenant.”¹⁰

Som det framgår av disse premissene, konstaterte Menneskerettskomiteen brudd på SP art. 14 nr. 5 fordi lagmannsrettens avgjørelse ikke var begrunnet.

På bakgrunn av Menneskerettskomiteens uttalelse i Restauratørsaken og menneskerettsloven § 3, konkluderte Høyesterett i storkommer, i Rt. 2008 side 1764, med at SP art. 14 nr. 5 måtte gå foran straffeprosesslovens ordning om at ankenektelser som hovedregel ikke skal begrunnes. Manglende begrunnelse i lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fremmet, jf. strprl. § 321 annet ledd første punktum, innebar dermed at avgjørelsen led av en saksbehandlingsfeil som måtte føre til opphevelse.

Når det gjaldt hva som kvalifiserte til manglende begrunnelse, uttalte Høyesterett i avsnitt

¹⁰ Se oppgavens punkt 7.2.3.2 der begrunnelsen er gjengitt i sin helhet.

104:

” Som utgangspunkt må begrunnelsen inneholde det som trengs for å vise at det har skjedd en reell overprøving. Vanligvis må en slik begrunnelse kunne gjøres summarisk, det vil si i en kortfattet og sammentrengt form, knyttet til det som anføres i anken.”

I avsnitt 105 uttales det deretter: *“Begrunnelsen må vise at de feil som påberopes ved tingrettens avgjørelse, er oppfattet, og hvorfor anken klart ikke vil føre fram. Dette betyr at det ikke er tilstrekkelig, slik praksis hittil har vært, å oppgi ankegrunnene og gjengi lovens vilkår for å nekte anken fremmet. Det bør i denne sammenheng også tas for øye at begrunnelsen skal sette Høyesteretts ankeutvalg i stand til å kontrollere lagmannsrettens saksbehandling, herunder at konvensjonens krav til reell overprøving har funnet sted.”*

Høyesteretts rettssetninger og obiter dictum har blitt fulgt opp i praksis, og vært gjeldende rett frem til lovendringen.

4 Rettstilstanden nå

10. desember i fjor ble det altså vedtatt å lovfeste kravet om at ankenektelser etter strprl. § 321 annet ledd må begrunnes. Spørsmålet er om regelen var ment å medføre noen realitetsendring, eller om den kun representerer en videreføring av den allerede gjeldende praksis.

I følge forarbeidene skulle lovforslaget i det vesentlige innebære en lovfesting av den rettsstilstand om begrunnelseskrav for slike beslutninger som var etablert i rettspraksis¹¹. I høringsnotatet av 13.mai 2009 uttalte departementet også at *”straffeprosessloven § 321 endres slik at bestemmelsen tydelig gir uttrykk for begrunnelseskravet som Høyesterett har konstatert for beslutninger om å nekte anke fra siktede fremmet”*.

¹¹ Se Prop. 141 L (2009-2010) side 7.

Noe nærmere om begrunnelsens innhold, og hvilke krav som stilles til denne, ble derimot ikke lovfestet. Om dette uttaler Justis- og politidepartementet i Prop. L 141 (2009-2010), etter å ha sitert fra Rt. 2008 side 1764 avsnitt 106, at:

”Når kravet til begrunnelse på denne måte vil variere betydelig, fremstår det etter departementets syn som lite hensiktsmessig å oppstille nærmere krav til begrunnelsens innhold i loven. Den relative norm som Høyesterett har oppstilt kan etter departementets syn best utvikles gjennom rettspraksis. Departementet foreslår derfor ikke å lovfeste nærmere krav til begrunnelsens innhold”.

Det må etter dette kunne antas at kravene til begrunnelsens innhold er de samme som før lovendringen. Rettskildemessig betyr dette at også dommer forut for 10.12.2010 er relevante.

Det eneste nye som kom med lovendringen, er at også anker fra påtalemyndigheten som nektes fremmet nå må begrunnes. I Rt. 2010 side 1487 konstaterte Høyesterett at de folkerettslige forpliktelsene ikke kom til anvendelse ved anker fra påtalemyndigheten, men at de samme rettighetene som siktede fikk etter lovendringen også vil gjelde for påtalemyndigheten, jf. strprl. § 321. I den saken hadde derimot ikke lovforslaget blitt vedtatt enda. Det uttaltes derfor i avsnitt 16 at *”[s]elv om SP artikkel 14 nr. 5 ikke gjelder ved anke fra påtalemyndigheten, er det i Prop. 141 L (2009-2010) foreslått lovfestet at alle ankenektelser etter straffeprosessloven § 321 andre ledd skal begrunnes - også nektelser av anker fra påtalemyndigheten. Før dette lovforslaget blir vedtatt og satt i kraft, kan det imidlertid ikke stilles et generelt krav om at nektelser av anker fra påtalemyndigheten skal begrunnes, jf. proposisjonen side 13 og 17.”*

Etter lovendringen gjelder det nå derfor et generelt krav om at også ankenektelser fra påtalemyndigheten må begrunnes.

5 Hensyn bak begrunnelseskravet

5.1 Innledning

Hvorfor har vi så fått et begrunnelseskrav for ankenektelsene? Riktignok var det internasjonale forpliktelser som foranlediget lovendringen, men Høyesterett mente også at begrunnelseskravet var et innarbeidet norsk rettsprinsipp. Ifølge Høyesterett talte rettssikkerhetsgarantier i det norske rettssystemet for at ankenektelsene måtte begrunnes, så vel som de internasjonale forpliktelsene¹². I det følgende skal jeg vise hvilke hensyn som ligger bak regelen. Ved å klarlegge *hvorfor* ankenektelsene bør/ikke bør begrunnes, kan man lettere finne svaret på hvor mye som skal til før begrunnelsen er tilfredsstillende nok. Hensynene bak vil alltid være retningsgivende for regelens innhold.

5.2 Tillit til systemet

Begrunnelser bidrar til å skape tillit til domstolene og til rettssystemet. Det å kunne gi en holdbar begrunnelse er et generelt krav, i samfunnsliv, politikk og næringsliv. At ”*mitt ord er lov*”, uten begrunnelse, gjelder ikke lenger for noen. Fravær av begrunnelser ved ankenektelser har stått i et spenningsforhold til de idealer om saklighet og gjennomsiktighet vi forfølger på andre samfunnsområder.

Partene skal føle at de har blitt hørt, og at de har fått en samvittighetsfull vurdering. Ved at dommeren må gjengi partenes rettslige og faktiske anførsler, sikrer en at dommeren har fått med seg og forhåpentligvis forstått disse.

Når dommeren forklarer hvorfor resultatet har blitt som det har blitt, er det også enklere for parten(e) å akseptere avgjørelsen. Med en holdbar begrunnelse øker derfor tillitten til at resultatet er riktig. Anken kan være et angrep på en omfattende dom med et komplisert faktum og kan omfatte bevisbedømmelse, lovanvendelse og saksbehandlingsfeil. Uten begrunnelse, vil derimot en ankenektelse etterlate et stort spørsmålsteget; hvilke argumenter i anken er det som klart ikke vil føre frem, og hvorfor?

¹² Se Rt. 2008 side 1764, siste setning i avsnitt 101.

5.3 Styrke rettssikkerheten

Et annet hensyn som har vært anført for et begrunnelseskrav, er at det vil føre til en styrking av rettssikkerheten i norsk rettspleie. Begrunnelser sikrer at saken får en fullgod behandling, i og med at begrunnelsen nettopp skal si noe om hvor gjennomtenkt avgjørelsen er.

Selv om lovens hovedregel etter to-instansreformen skulle være at ankesakene ble fremmet til ny behandling, følger det av domstolsadministrasjonens statistikk over ankebehandling fra 2004-2007 at det ble nektet anke i hele 75 prosent av sakene med strafferamme under seks år¹³. Høyesterett påpekte også i 2008 at dette tallet syntes svært høyt. Det som var ment å skulle være en spesialbestemmelse for å fange opp klare misbruk av ankeinstituttet, ble i stedet benyttet som den helt dominerende hovedregelen.

For økonomiske straffesakers del, viser statistikken at bestemmelsen ble benyttet til å stenge igjen for nesten all ankebehandling over skyldspørsmålet overhodet. Det kan stilles spørsmålstegn ved om lagmannsretten, uten å realitetsbehandle saken under ordinær ankebehandling, kunne ha fundert noen oppfatning av om anken ville kunne føre fram i slike saker, som ofte er svært omfangsrrike og kompliserte.

Nå derimot, kan rettspraksis tyde på at flere anker slipper igjennom til ankebehandling, særlig de mer kompliserte sakene, som økonomiske straffesaker nettopp er. Når man uansett må sette seg grundig inn i en sak for å kunne gi en holdbar begrunnelse for hvorfor den eventuelt klart ikke vil føre frem, vil det ofte ikke medføre særlig merarbeid å heller behandle saken, eller deler av denne, under en ordinær ankebehandling.

Begrunnelser som viser at dommeren har foretatt en reell overprøving kan altså vise seg viktige for å hindre at uriktige dommer blir stående. I den forbindelse er det nærliggende å spørre hvordan det endte til slutt med den tiltalte i Restauratørsaken.

¹³ Når det gjelder sivile saker, er nektelsesfrekvensen lang lavere enn i straffesaker og ligger mellom 5 og 10 %.

Etter at Borgarting lagmannsretts ubegrunnede ankenektelse ble underkjent i Genève 17. juli 2008, førte ny behandling av hans anke i Gulating lagmannsrett til at tingrettsdommen mot ham ble opphevet på grunn av vesentlige feil. Deretter ble det anlagt en ny sak, hvor mesteparten av den opprinnelige tiltalen ble frafalt. Straffen ble nedsatt fra ett år og åtte måneders ubetinget fengsel (som han hadde sonet) til 90 dager betinget. Det kan stilles spørsmål ved om restauratørsaken er enestående. Kanskje hadde flere dommer blitt opphevet eller endret dersom de hadde blitt prøvet to ganger. Tiden vil vise hvordan det kommer til å gå med de sakene som nå skal gjenopptas, jf. Rt. 2010 side 1170.

Krav om begrunnelse vil heretter være en garanti for flere riktige dommer. Full overprøving to ganger ville naturligvis være enda bedre med hensyn til rettssikkerheten. Et begrunnelseskrav må imidlertid kunne sies å være et skritt i riktig retning. I tillegg viser praksis at begrunnelseskravet har medført at flere saker enn tidligere nettopp blir henvist til ankebehandling, jf. ovenfor.

5.4 Kontroll av makt (etterprøvbarehetshensynet)

En avgjørelse uten begrunnelse er vanskelig å prøve i ettertid. Uten begrunnelse, er det ikke lett å se hva dommeren har lagt vekt på, og hva denne har vurdert, før han/hun kom til resultatet. Med begrunnelser vil derimot ankeinstansen enklere kunne foreta en kontroll. Det samme vil allmennheten kunne gjøre.

Loven var tidligere slik at lagmannsretten var gitt en tilnærmet ukontrollerbar myndighet i ankesilingsspørsmålet. Dette kan synes uheldig, både ut fra en prinsipiell og en praktisk synsvinkel. Det hører med til de aller viktigste demokratiske grunnsetninger at offentlig myndighetsutøvelse bør undergis kontroll. Med et begrunnelseskrav blir ankenektelsene enklere å kontrollere, og de demokratiske prinsippene rundt kontroll av makt, for å minske faren for myndighetsmisbruk, blir ivaretatt også på dette området.

5.5 Hindre faren for usaklige hensyn

I forarbeidene til den nye tvisteloven, uttales det vedrørende hensynene bak begrunnelseskravet for dommer, at myndighetsutøvelsen skal fremstå som rasjonell og legitim¹⁴. Dette må også gjelde for begrunnelseskravet ved ankenektelsene. Det er viktig at begrunnelsen viser at dommeren ikke har latt seg styre av for eksempel forutinntatte meninger eller usaklige hensyn.

Lagmannsrettene hadde en egeninteresse i avgjørelsene i ankesilingssakene. Ankenekt ga mindre arbeidsbyrde, med tilhørende forbedret uttelling på statistikkene over saksavvikling. Denne egeninteressen kunne særlig tenkes å gjøre seg gjeldende ved de omfattende og kompliserte økonomiske straffesakene, som er arbeidskrevende for domstolene. En dansk professor, professor Petter Grade, utførte en undersøkelse blant de norske lagmannsrettene før FN-avgjørelsen, og han hevder, basert på undersøkelsen, at usaklige hensyn ble tatt. Nå som lagmannsrettene må begrunne sine avgjørelser, er det mye vanskeligere for dommerne å legge vekt på usaklige hensyn.

Selvfølgelig vil en dommer aldri finne på å si eller skrive at *”det er klart at anken ikke vil føre frem fordi den vil gi meg stor arbeidsbyrde”* eller lignende, og selv om dommeren nå må begrunne ankenektavgjørelsene kan det fremdeles tenkes at han/hun implisitt vil legge vekt på slike usaklige hensyn. Forskjellen nå er at det som oppgis som begrunnelse for at anken klart ikke vil føre frem, må stå seg i en eventuell ankesak for overordnet myndighet. Hvis begrunnelsen er tynn, og det ikke fremkommer hvorfor anken klart ikke vil føre frem, vil beslutningen nå bli opphevet.

5.6 Hensynet til en effektiv rettspleie

Fra lovgivers side var tanken om at ankenektelser ikke skulle begrunnes velment. På grunn av to-instansreformen, og dennes hovedregel om at alle straffesaker nå skulle behandles to ganger, med lagmannsretten som ankeinstans, var man redd for at dette ville medføre misbruk av ankeinstitutet. For ikke å sløse med ressurser, og for å gjøre systemet mest

¹⁴ NOU 2001:32 *Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)* s. 577-578

mulig effektivt, fant lovgiver derfor grunn til å lage et unntak fra hovedregelen for de ankene som helt klart ikke ville føre frem.

Man kan derimot snu på det, og spørre seg om ikke regelen om at ankenektelsene nå skal begrunnes, kan føre til at rettspleien blir (enda) mer effektiv? Som jeg skisserte ovenfor, og som også er et kjent fenomen; det er lettere å slå seg til ro med et resultat der du i tillegg har fått en holdbar begrunnelse. Begrunningskravet kan derfor føre til at færre anker saken(e) sine videre til Høyesterett.

I tillegg har tiden vist at begrunningskravet ikke førte til like mye merarbeid som man på forhånd hadde trodd. Før begrunningskravet kom, hadde lagdommerne en intern begrunnelse dem imellom, for hvorfor anken klart ikke ville føre frem. De tre dommerne som fattet beslutningen, kommenterte saken på et silingsnotat, hvor den enkelte dommer måtte formulere sin begrunnelse for hvorfor anken klart ikke ville føre frem. Dette silingsnotatet lignet på en begrunnelse. Selv om den språklige formuleringen kanskje blir en annen i en offentlig begrunnelse, var hovedelementene nedfelt, også med datidens arbeidsform¹⁵.

En god begrunnelse vil også fremme effektiviteten i en eventuell ankebehandling. Den gjør det lettere for partene og ankedomstolen å identifisere de reelle tvistespørsmålene og konsentrere behandlingen rundt disse. Den del av saksfremstillingen som ikke er bestridt, kan legges til grunn uten ny behandling. I sin egen begrunnelse kan også ankedomstolen henvise til begrunnelsen i den påankede avgjørelse. Dette er alle ting som er med på å skape en mer effektiv rettspleie.

Som vist ovenfor kan også hensynet til effektivitet tale for et begrunningskrav, til tross for at dette hensynet umiddelbart kunne synes å tale imot.

¹⁵ Agder lagmannsrett var den eneste lagmannsretten som ikke benyttet seg av ordningen med silingsnotat. Etter at dommen hadde falt i Restauratørsaken, og før Rt. 2008 side 1764, begynte derimot Agder lagmannsrett å umiddelbart begrunne ankenektelsene sine (utad).

Effektivitetshensynet må likevel antas å sette visse yttergrenser for kravene til begrunnelsens innhold. Det kan for eksempel ikke nedlegges mer tid og ressurser på å behandle en ankenektelse enn det som nedlegges ved en ordinær ankebehandling. Jeg kommer nærmere inn på hvordan effektivitetshensynet setter grenser ved komplekse saker nedenfor, under punkt 6.3.2.

5.7 Oppsummering av hensynene

Rettsikkerhetshensyn, evnen til å skape tillit til rettssystemet, etterprøvbarehetshensyn, faren for myndighetsmisbruk og effektivitetshensyn er alle gode grunner for hvorfor vi bør ha et begrunnelseskrav. Disse hensynene må man også ta med seg når man skal vurdere om en begrunnelse er tilstrekkelig eller ikke. Begrunnelsen bør vise at hensynene bak regelen er ivarettatt, og de momentene som ligger bak regelen bør man kunne finne igjen i selve begrunnelsen.

I tillegg må man ha med seg den ene siden av effektivitetshensynet. Der begrunnelsen blir lang, tidkrevende og omfattende, kan en spørre seg om ikke saken (eller deler av den) heller burde vært fremmet til vanlig ankebehandling.

6 Hva ligger det i at ankenektelser må begrunnes?

6.1 Innledning

Som vi har sett overfor, er det altså opp til rettspraksis å trekke opp retningslinjene for hva som nærmere ligger i begrunnelseskravets innhold. Nedenfor skal jeg forsøke å si noe generelt om kravene til begrunnelsens innhold, slik regelen praktiseres i dag, med utgangspunkt i avgjørelser fra Høyesterett.

6.2 Den absolutte nedre grensen

Før Restauratørsaken og Høyesteretts avgjørelser i 2008, var det vanlig å kun sitere lovens ordlyd når lagmannsretten nektet domfelte å anke. Den eneste ”begrunnelsen” domfelte fikk, var derfor typisk at ”*det er klart at anken din ikke vil føre frem*”, se strprl. § 321 annet ledd. Som beskrevet ovenfor, er det i dag på det rene at en slik henvisning til lovens ordlyd aldri vil være en tilfredsstillende begrunnelse, uansett hva slags sak en står overfor.

En sak fra 2010 viser dette i klartekst. I saken inntatt i Rt. 2010 side 1688, opphevet Høyesteretts ankeutvalg beslutningen fra lagmannsretten om å nekte domfelte å fremme anke over straffeutmåling fordi Høyesterett mente at begrunnelsen for beslutningen var mangelfull. Lagmannsretten hadde ikke begrunnet *hvorfor* anken over straffeutmålingen ikke ville føre frem, kun henvist til vilkårene i lovens ordlyd. Om dette uttalte Høyesteretts ankeutvalg at selv om begrunnelsen for å nekte anke over straffeutmåling som utgangspunkt kan gjøres kortfattet, ”*må det fremgå hvorfor de enkelte ankegrunner klart ikke kan føre frem. Det er ikke tilstrekkelig at ankegrunnene og lovens vilkår for å nekte en anke fremmet er oppgitt.*”¹⁶

Standardfraser (”klipp-og-lim-begrunnelser”), som uten endring eller tilføyelser kunne ha vært benyttet i et stort antall saker, tilfredsstiller heller ikke kravene til begrunnelsens innhold. Rt. 2009 side 616 er et eksempel på at Høyesterett ikke har godtatt en slik begrunnelse. Domfelte hadde vedtatt et forelegg på 9 000 kroner, subsidiært fengsel i 18 dager, for å ha forstyrret den alminnelige fred og orden ved slossing, jf. strl. § 350 første ledd. Vedtagelsen av forelegget ble anket til Borgarting lagmannsrett. Domfelte anførte at vedtakelsen var ugyldig som viljeserklæring, jf. straffeprosessloven § 259 annet ledd nr. 3. Lagmannsretten nektet anket fremmet, og begrunnet dette med at det var klart at anken ikke ville føre frem. Videre i begrunnelsen uttales: ”*Lagmannsretten kan ikke se at det er anført forhold som gjør at vedtakelsen av forelegget må anses ugyldig. Det vises herunder til den orientering om virkningen av vedtakelse som går fram av selve forelegget og som er undertegnet.*” Høyesterett mente at denne begrunnelsen var mangelfull: ”*Det*

¹⁶ Se avsnitt 8 i avgjørelsen Rt. 2010 side 1688.

lagmannsretten skriver har preg av en standardfrase som i og for seg – og uten noen endring – kunne ha vært brukt ved nektelse av enhver anke over et vedtatt forelegg. En generell henvisning til foreleggets tekst og til at dette er undertegnet, er ikke tilstrekkelig begrunnelse.”¹⁷

I Rt. 2009 side 833, som ikke gjelder en foreleggssak, ble også beslutningen om å nekte anke opphevet fordi lagmannsretten hadde benyttet seg av standardfraser uten forankring i den foreliggende saken.

A ble i tingretten dømt til fengsel i 120 dager for grovt underslag av 251 200 kroner tilhørende hans farmor, som han i 2006 og 2007 var hjelpeverge for. Han anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og over straffutmålingen. Anken var relativt omfattende, og det ble gjort gjeldende at det forelå en rekke feil ved blant annet bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

Lagmannsretten nektet anken fremmet, og nøyde seg med å bemerke (i forhold til As anførsler knyttet til feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet) at:

”Tingretten har under skyldspørsmålet behandlet og tatt stilling til de forhold som er trukket frem i anken. Lagmannsretten viser til tingrettens vurderinger, som er dekkende også for lagmannsrettens syn.”

Denne begrunnelsen fant Høyesterett at var for standardpreget, se avgjørelsens avsnitt 8 hvor det uttales: *”Dette fremstår som en standardfrase som uten endring eller tilføyelser kunne ha vært benyttet i et stort antall saker. Det følger av Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 11. mai 2009 (HR-2009-993-U) avsnitt 9 at slike vanligvis ikke tilfredsstillende kravene til begrunnelse. Saken her ligger ikke slik an at ytterligere begrunnelse fremsto som overflødig eller klart unødvendig.”*

¹⁷ Se avgjørelsens avsnitt 9.

Beslutningen ble deretter opphevet. Det finnes flere tilsvarende avgjørelser, der Høyesterett har opphevet beslutninger hvor begrunnelsen har vært for generell, se for eksempel Rt. 2009 side 926.

6.3 De ulike sakstypene

Generelt vil alle begrunnelser for ankenektelser kunne gis kortfattet, i tråd med den forenklete avgjørelsesformen man har ved silingsavgjørelser, og som Menneskerettskomiteen har godtatt. Dette vil også være i overensstemmelse med premissene i Restauratørsaken, jf. uttrykket ”*even in brief form*”. Likevel vil selve formen og omfanget av begrunnelsen kunne variere ganske betydelig fra sak til sak¹⁸. Den ryddigste måten å si noen generelt om begrunnelseskravet på, er derfor ved å forsøke å dele ankenektelsene inn i sakstyper etter karakter, faktum og kompleksitet.

6.3.1 Korte, enkle og oversiktlige saker

I flere tilfeller stilles det ikke veldig strenge krav til begrunnelsens innhold. Om ikke å fremme en anke over straffutmålingen heter det for eksempel i Rt. 2008 side 1764 avsnitt 107 at ”*hvor faktum er klart, og hvor problemstillingen består i å innplassere saken i en etablert straffutmålingspraksis, vil begrunnelsen for at anken klart ikke vil føre fram, kunne bli svært kort - særlig når man tar i betraktning terskelen i straffeprosessloven § 344 for når ankeinstansen kan endre den utmålte straffen.*”

Dette synspunktet ble fulgt opp i Rt. 2009 side 1002. Saken gjaldt om lagmannsrettens begrunnelse av ankenektelsen var tilstrekkelig. Den ankene part var dømt for en rekke forhold i Bergen tingrett, og anket prinsipielt over bevisbedømmelsen og lovanvendelsen under skyldspørsmålet, subsidiært over straffutmålingen. Anken ble nektet fremmet i sin helhet, og når det gjaldt nektelse av anken over straffutmålingen, uttalte Gulating lagmannsrett: ”*Når det gjelder straffutmålingen, vises det til tingrettens bemerkninger, og*

¹⁸ Se uttalelsene i Rt. 2008 side 1764: ”*Kravet til begrunnelse vil måtte variere betydelig alt etter karakteren av den enkelte sak - fra begrunnelser på en eller to setninger, til noe mer utførlige vurderinger av rettslig eller faktisk art.*”

*lagmannsretten kan ikke se at det er fremkommet noe som skulle tilsi at det er et åpenbart misforhold mellom de straffbare handlinger og den straff som er idømt, jf. straffeprosessloven § 344.*¹⁹ Ved spørsmål om denne begrunnelsen måtte anses tilstrekkelig, uttalte Høyesteretts ankeutvalg: ”*Selv om lagmannsrettens begrunnelse er kortfattet, er det etter utvalgets oppfatning ingen tvil om at lagmannsretten har foretatt en reell prøvelse av anførslene.*”²⁰

Et annet eksempel, der det kun vil kreves en kort begrunnelse, er der anken angår et enkeltstående lovtolkningsspørsmål av materiell eller prosessuell art, og der lagmannsretten mener at tingrettens begrunnelse er tilfredsstillende. I disse tilfellene kan lagmannsretten slutte seg til tingrettens lovtolkning, eventuelt med korte tilleggsbemerkninger.

Rt. 2010 side 58 er et eksempel på det sistnevnte. A ble dømt i Jæren tingretts til 60 dager fengsel, herav 30 dager betinget, for overtredelse av straffeloven § 124, § 227 første straffalternativ, § 228 første ledd, § 350 annet ledd, § 390a og våpenloven § 33 første ledd første straffalternativ. Han anket dommen i sin helhet, herunder over rettsanvendelsen, men Gulating lagmannsrett nektet anken fremmet under henvisning til strprl. § 321 annet ledd. Bakgrunnen for at A ble dømt etter straffeloven § 227 var trusler fremsatt overfor en person i telefonsamtale med to andre personer. A anket over rettsanvendelsen, og gjorde gjeldende at utsagnet ”*han der kunne jeg tenke meg å vri nakken rundt på*” er en dagligdags uttrykksmåte, som ikke kan tas bokstavelig, noe det erkjentes at retten heller ikke har gjort. Tiltalte mente imidlertid at han burde vært frifunnet. Lagmannsretten vurderte tingrettens lovanvendelse når det gjaldt om truslene var skikket til å fremkalle alvorlig frykt. Lagmannsretten anså utgangspunktet for tingrettens vurderinger korrekt og kunne ”*for øvrig ikke se at det var fremkommet noe som gjorde det tvilsomt at han er dømt med rette*”. Domfelte mente at denne begrunnelsen var for generell. Høyesteretts ankeutvalg fant det

¹⁹ Se avgjørelsens avsnitt 3.

²⁰ Se avgjørelsens avsnitt 8.

derimot utvilsomt at lagmannsretten hadde foretatt en reell prøvelse av anken, og fant begrunnelsen tilstrekkelig²¹.

Ved ankenektelser etter strprl. § 321 annet ledd annet punktum stilles heller ikke strenge krav til begrunnelsens innhold. Under høringsrunden²², i forkant av endringen i strprl. § 321 femte ledd, uttalte Borgarting lagmannsrett at når det gjelder beslutninger om å nekte anke fra påtalemyndigheten fremmet etter strprl. § 321 annet ledd annet punktum, er alternativet om at ”*anken gjelder spørsmål av mindre betydning*” trolig såpass selvforklarende at en begrunnelse ikke vil være påkrevet²³. Departementet så seg enig i at det sjelden vil være grunn til å begrunne en beslutning om å nekte anke fremmet på dette grunnlag ut over en henvisning til at lagmannsretten finner at anken gjelder spørsmål av mindre betydning. Derimot mente de at lagmannsretten bør begrunne nærmere hvorfor en anke fra påtalemyndigheten nektes fremmet etter alternativet om at det ”*ellers ikke er grunn til*” at anken blir prøvd, men slik at en kortfattet begrunnelse normalt vil være tilstrekkelig²⁴.

6.3.2 Komplekse saker

En annen type saker er de større, komplekse sakene. De største utfordringene vil nok her være der hvor ankens avgjørelse forutsetter en bred helhetsvurdering. Her kan det være vanskelig å gi en begrunnelse ”*in brief form*”, og da skal dette heller ikke gjøres. Hovedpunktene i det som danner grunnlaget for helhetsvurderingen må angis, for eksempel ved at det poengteres hvilke momenter det særlig har blitt lagt vekt på. I slike tilfeller kan det også være på sin plass at det fremgår uttrykkelig at lagmannsretten har vurdert forsvarligheten av at anken avgjøres uten ankebehandling.

²¹ Se avgjørelsens avsnitt 17.

²² Fra 13.05.2009 til 15.08.2009, se høringsbrev fra Justis- og politidepartementet 13.mai 2009, referanse: 200903106 ES VIL/HAJ/bj

²³ Se høringsbrev fra Borgarting lagmannsrett ved Nils Erik Lie av 13.08.2009 (referansenummer 09-081231ADM-BORG/BORG)

²⁴ Se Prop. 141 L (2009-2010)

For enkelte anker vil det under ankeprøvingen ikke være mulig å gi en begrunnelse som viser at anken har vært undergitt en reell overprøving. Dette vil gjelde saker som er av en slik karakter at det ikke vil la seg gjøre å oppfylle lovens krav om reell overprøving uten å gjennomføre en ordinær ankebehandling med muntlige forhandlinger. Anken må da fremmes for de aktuelle forholdene²⁵.

Et eksempel på en kompleks sak, med en relativt utførlig begrunnelse, der også spørsmålet rundt forsvarligheten av ikke å tillate anken fremmet ble satt på spissen, er Rt. 2010 side 807.

Saken gjaldt anker over lagmannsrettens begrunnede ankenektelse i to avgjørelser i samme sakskompleks. Bakgrunnen for saken(e) var et angrep på beboere ved et asylmottak i juli 2008. Det ble tatt ut tiltale mot et stort antall personer. A, som i tingretten ble dømt for overtredelse av straffelovens § 229 første straffalternativ jf § 232, straffelovens § 228 første ledd jf straffelovens § 232, straffelovens § 227 første ledd, straffelovens § 292 jf § 291, alt sammenholdt med straffelovens § 62, anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, saksbehandlingen og straffutmålingen. Borgarting lagmannsrett traff 15. juni 2009 beslutning hvor anken over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og saksbehandlingen ble nektet fremmet, mens anken over straffutmålingen ble henvist til ankeforhandling.

Det A primært hadde gjort gjeldende i anken fra tingretten til lagmannsretten, var at han ikke hadde vært tilstede på det aktuelle tidspunktet da angrepet skjedde. I bevisvurderingen under skyldspørsmålet viste tingretten til at flere av de fornærmede og vitner hadde observert A inne på transittmottaket, uten at det er angitt hvilke vitner som har uttalt dette og stort sett uten gjengivelse av hva vitnene hadde forklart. Det ble også vist til at As bil hadde blitt benyttet under angrepet, noe han hadde erkjent.

²⁵ Se avsnitt 110 i Rt. 2008 side 1764

I As anke over bevisbedømmelsen ble det for det første anført at han hadde lånt bort bilen sin til en person som nå oppholdt seg i Tsjetsjenia, og at denne under en eventuell ankeforhandling ville bli ført som vitne. For det andre ble det anført at opplysningene om hvilke basestasjoner As mobiltelefon slo inn på under angrepet, sammenlignet med de basestasjoner de andre tiltaltes telefoner slo inn på, tilsa at A ikke kunne ha vært til stede da angrepet fant sted. For det tredje ble det anført at tingretten uriktig hadde lagt til grunn vitneutsagn fra noen av de fornærmede som hevdet å ha utpekt A fra bilder. Det ble blant annet anført at fotokonfrontasjonen ble gjennomført i strid med Riksadvokatens retningslinjer.

Når det gjaldt As anke over bevisbedømmelsen, fant lagmannsretten det klart at anken ikke ville føre frem, med følgende begrunnelse:

”Lagmannsretten finner det hevet over enhver rimelig tvil at A korrekt er domfelt i samsvar med tiltalebeslutningen. Det vises særlig til at flere av de fornærmede har vitnet og opplyst at han var til stede under angrepet.

Lagmannsretten kan ikke se at det i anken er fremkommet noen opplysninger som kan medføre en annen konklusjon om straffeskylden. Herunder fester lagmannsretten ikke lit til opplysningene om at A skal ha lånt bort sin bil til en annen på den aktuelle dagen.”²⁶

Til dette uttalte Høyesteretts ankeutvalg at ”[b]egrunnelsen er knapp, og går ikke inn på det som er anført i anken bortsett fra merknaden om at retten ikke fester lit til anførselen om at A skal ha lånt bort bilen sin den aktuelle dagen - en opplysning som også er nevnt i tingrettsdommen. Begrunnelsen viser ikke at det som ble anført i anken over bevisbedømmelsen, er vurdert av lagmannsretten, jf. HR-2009-1322-U.”²⁷ Beslutningen ble derfor opphevet.

²⁶ Se Rt. 2009 side 1006 avsnitt 18

²⁷ Se avsnitt 19

Etter at partene hadde fått anledning til å supplere anførselene, traff lagmannsretten (den 19.februar 2010) en ny beslutning vedrørende nektelsesspørsmålet. Lagmannsretten fastholdt sitt tidligere standpunkt, men denne gangen med en bredere begrunnelse. Jeg finner grunn til å gjengi begrunnelsen i sin helhet, ettersom det gir best grunnlag for å vurdere hvor terskelen ligger:

"A har benektet at han var på asylmottaket den dagen angrepet fant sted. Lagmannsretten bemerker at han er gjenkjent av flere av de fornærmede i saken som en av de som var på asylmottaket den dagen, jf. dok 07,10,05 og 07,25,03. Én av dem, som var sikker på gjenkjennelsen, har uttalt at A hadde metallrør. Det vises også til dok. 07,24,02 og 07,25,09 der A av en fornærmet er sett en time før angrepet, mens en annen fornærmet fremholder at A kanskje var til stede.

Videre bemerkes at de forklaringer A avga til politiet etter hendelsen, etter lagmannsrettens oppfatning, fremstår som forbeholdne, ufullstendige og generelt lite troverdig, jf. dok. 06,07,03 og 06,07,05.

A har erkjent at bilen hans ble benyttet under angrepet. Påtalemyndigheten har i dok. 01,162, som er kjent for forsvarer, opplyst at det foreligger analyseresultat vedrørende fotavtrykk på åstedet, som viser avtrykk identisk med de skoene som A benyttet, jf. dok. 04,34.

I anken er det for det første anført at A hadde lånt bort bilen sin til en person som nå oppholdt seg i Tsjetsjenia, og at denne vil bli ført som vitne for lagmannsretten. Etter lagmannsrettens oppfatning er As forklaring også på dette punkt lite troverdig.

Han ville verken i avhør eller for tingretten si hvem han lånte bilen til, og hans politiforklaring omkring utlån og tilbakelevering av bilen er lite overbevisende. Han har nå i forbindelse med anken uttalt at han vil oppgi navnet på vedkommende, men har kun oppgitt et fornavn. Etter lagmannsrettens oppfatning gir ikke denne anførsel fra As side, og det som er opplyst om mulig nytt vitne, grunnlag for å trekke i tvil riktigheten av domfellelsen.

For det andre er det anført at opplysningene om hvilke basestasjoner As mobiltelefon slo inn på under angrepet, sammenlignet med de basestasjoner de andre tiltalte telefoner slo inn på, tilsa at han ikke kunne ha vært til stede da angrepet fant sted. Lagmannsretten kan heller ikke se at opplysninger om innslag på basestasjoner, som kun kan gi grunnlag for å fastslå grovt hvilket område bruker av telefonen befant seg i, gir grunnlag for tvil om riktigheten av domfellelsen.

For det tredje er det anført at tingretten uriktig har lagt til grunn vitneutsagn fra de fornærmede som hevder å ha gjenkjent A fra bilder. Det er blant annet anført at fotokonfrontasjonen ble gjennomført i strid med Riksadvokatens retningslinjer. Lagmannsretten mener at det forhold at flere vitner uavhengig av hverandre har ment at de, ut fra fotofremvisning, har gjenkjent A - riktig nok med noe ulik grad av sikkerhet - som én av dem som var på mottaket i forbindelse med angrepet, har stor bevisverdi. Det gjelder uavhengig av om Riksadvokatens rundskriv vedrørende fotokonfrontasjon ikke er fulgt og også sett hen til de øvrige momenter som er anført til støtte for at vitneutsagnene ikke har bevisverdi.

Samlet sett er det etter lagmannsrettens oppfatning ikke grunnlag for å tvile på at A var til stede under angrepet, og at han ved sin tilstedeværelse har styrket forsettet til dem som aktivt utførte angrepet, og at han forsettlig har medvirket til de straffbare handlinger tiltalen omfatter, slik at han er dømt med rette.

Lagmannsretten tilføyer at grunnlaget for lagmannsrettens vurdering av om anken skal fremmes, ikke kan være begrenset til å omfatte de bevis tingretten uttrykkelig har vektlagt i premissene. I utgangspunktet må lagmannsretten kunne bygge på det samlede bevisbildet. Det vises til at tingretten bare trenger å redegjøre for hovedtrekkene i bevisvurderingen, jf. nærmere under anken over saksbehandlingen. Videre vises til Rt. 2004, s. 425 avsnitt 39."

A anket igjen over lagmannsrettens saksbehandling. Spørsmålet for Høyesterett ble om det var mulig, under ankeprøvingen for lagmannsretten, å gi en begrunnelse som viste at anken

hadde vært undergitt en reell overprøving, eller om saken var av en slik karakter at ”*det ikke ville la seg gjøre å oppfylle lovens krav om en reell overprøving uten å gjennomføre en ordinær ankebehandling med muntlige forhandlinger*”²⁸. Til dette uttalte Høyesterett:

”Det fremgår av det jeg har gjengitt fra lagmannsrettens beslutning[se sitatet ovenfor], at det her er gitt en utførlig begrunnelse ved den nye behandling etter ankeutvalgets oppheving av den første silingsbeslutningen. Lagmannsretten har gitt en atskillig bredere redegjørelse for bevisvurderingen enn det som var tilfelle i den opprinnelige avgjørelsen, og jeg finner det klart at den er tilstrekkelig til å vise at det er foretatt en reell overprøving av tingrettens dom.

*Jeg kan heller ikke se at sakens kompleksitet eller den konkrete bevissituasjonen tilsier at lagmannsretten ikke hadde et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.”*²⁹

Som vist ovenfor kan begrunnelsene i komplekse saker bli relativt omfattende. Hovedproblemstillingen i disse sakene er som regel ikke om begrunnelsen er tilfredsstillende nok, men heller om det var forsvarlig av lagmannsretten ikke å behandle ankene uten en ordinær ankebehandling med muntlige forhandlinger. Etter eksempelet omtalt ovenfor må det antas at lista ligger relativt høyt. Jeg har enda ikke funnet et eksempel på en sak som er så omfattende og kompleks at Høyesterett har sagt at det ikke var forsvarlig av lagmannsretten og behandle anken uten en ordinær ankebehandling.

6.3.3 Andre saker

Foruten om de overnevnte kategoriene, er det vanskelig å si noe helt generelt om innholdet i begrunnelseskravet. Alle har krav på en individuell vurdering, og alle saker skal vurderes konkret. Hvis man deler inn alle saker etter sakstype, øker sannsynligheten og faren for å lande ned på standardpregede begrunnelser. Dette har, som allerede nevnt, Høyesterett ikke godtatt, se punkt 5.2.

²⁸ Jf. avsnitt 110 i Rt. 2008 side 1764, sitert til i Rt. 2010 side 807 (avsnitt 25).

²⁹ Se avsnitt 26 og 27 i Rt. 2010 side 807

Det man derimot kan gjøre, er å si noe om hva som er med på å forme begrunnelsen. Bare på den måten kan man nærme seg et generelt svar på hvor mye som kreves før en står overfor en tilfredsstillende begrunnelse.

6.3.3.1 Reell overprøving

Begrunnelsens innhold må her, som ellers, utformes med tanke på kravet om reell overprøving.

Nedenfor skal jeg gå nærmere inn på de enkelte vurderingsmomentene som lagmannsrettens ankeutvalg må innom, for å kunne si at de har foretatt en reell overprøving.

- *Ankens betydning for begrunnelsen*

Uansett hva slags type sak en står overfor, er det på det rene at ankeerklæringen har betydning for kravene til begrunnelsens innhold ved ankenekting. Begrunnelsen skal knytte seg til nettopp det som anføres i anken. I flere saker har det blitt stilt strengere krav til begrunnelsens innhold på bakgrunn av det som er blitt anført i anken.

Et eksempel på dette, er Rt. 2010 side 1376. A var dømt i tingretten for overtredelse av strl. § 162 første ledd, samt for overtredelse av veitrafikkloven. Straffen ble satt til fengsel i 6 måneder. A anket over straffeutmålingen. I anken ble det anført at Høyesterett har nedjustert straffenivået i tilsvarende saker i tiden etter den avgjørelse tingretten viser til. Det ble også vist til at tingrettens dom var vesentlig strengere enn den påstand som ble nedlagt av påtalemyndigheten.

I lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet, ble det gjengitt hvilke forhold tiltalte var domfelt for. Det ble også referert til at tiltalte var dømt flere ganger. For øvrig nøyde lagmannsrettens seg med en henvisning til tingrettens begrunnelse.

Høyesteretts ankeutvalg uttalte at en slik henvisning vanligvis ville være tilstrekkelig, ”men i denne saken er det i anken trukket frem særlige spørsmål, som lagmannsretten skulle ha forholdt seg til ved sin vurdering av anken.” Blant annet henviste utvalget til den påståtte nedjusteringen i straffenivået i tilsvarende saker, som lagmannsretten burde ha kommentert.³⁰

I Rt. 2009 side 1407 førte også anførselene i anken til at lagmannsrettens beslutning ble opphevet grunnet saksbehandlingsfeil. Tiltalte var i tingretten dømt for overtredelse av strl. § 229 første straffalternativ jf. § 232, strl. § 229 første straffalternativ og strl. § 228 første ledd. Flere vitner hadde forklart seg i tingretten, men i anken til lagmannsretten, ble det påberopt et nytt vitne til fordel for tiltalte. Etter ankeutvalgets syn burde lagmannsretten gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor retten ikke fant forklaring fra det nye vitnet av betydning for saken³¹. Beslutningen ble opphevet på dette grunnlag.

I Rt. 2009 side 1555 ble også beslutningen om å nekte anken fremmet opphevet fordi begrunnelsen var mangelfull. Saken er både et eksempel på ankens betydning, og på at Høyesterett ser med skepsis på standardpregede begrunnelser.

A var i tingretten dømt for overtredelse av vegtrafikkloven § 31 første til tredje ledd, jf. § 22 første ledd og vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf. § 24 første ledd første punktum, for kjøring av bil i beruset tilstand, til fengsel i 36 dager. Hun ble også dømt til å betale en bot på kroner 8000, subsidiært fengsel i 15 dager.

A anket over straffeutmålingen. I anken til lagmannsretten heter det:

”Jeg anker herved ovenstående dom av 02.04. d.å. grunnet straffeutmålingen. Det bes om at min sak blir vurdert på ny i lagmannsretten med tanke på program mot ruspåvirket kjøring istedenfor å sone 36 dager i fengsel. Jeg fullførte et promilleprogram i 2007, noe jeg synes jeg hadde nytte av. Jeg ser alvorret i å kjøre bil i ruspåvirket tilstand og ber om en

³⁰ Se avgjørelsens avsnitt 9.

³¹ Se avgjørelsens avsnitt 15.

ny sjanse til alternativ soning i fengsel. Da jeg er plaget av tilbakevendende angst og depresjoner, ser jeg at jeg trenger ytterligere hjelp til å overkomme dette med adekvat behandling. Som opplyst i politiavhøret tror jeg ikke jeg vil make å sitte i fengsel grunnet min psykiske tilstand. Jeg har også eneansvaret for min datter på 14 år og har ingen andre å dra omsorg for henne ved en ubetinget fengselstraff. Jeg ber om at lagmannsretten behandler dommen min på nytt.”

Lagmannsretten nektet anken fremmet med følgende begrunnelse:

”Tingrettens straffutmåling er i samsvar med etablert rettspraksis. Øvrige anførsler i anken er vurdert, men dette kan ikke tilsi noe annet resultat.”

Til dette uttalte Høyesterett i avsnitt 9:

”Lagmannsrettens begrunnelse viser ikke om lagmannsretten har foretatt en reell vurdering av det som gjøres gjeldende i anken - forhold som heller ikke tingretten uttrykkelig har tatt stilling til. Det er tale om en standardbegrunnelse som uten bearbeidelse kunne ha vært benyttet i et stort antall straffutmålingsanker. Ut fra forholdene i denne saken er dette ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille de krav til begrunnelse som følger av SP artikkel 14 nr. 5 og Rt-2008-1764.”

Ankenektelser over straffutmåling kan som utgangspunkt gjøres med korte begrunnelser, se punkt 6.3.1, men som eksemplene over viser, må lagmannsretten være oppmerksomme på hva som anføres i anken.

Et særlig spørsmål, som har vært oppe for Høyesterett, er hvor mye av det som står i anken som må kommenteres før begrunnelsen kan anses tilfredsstillende nok. I Rt. 2010 side 909 (avsnitt 17) ble det slått fast at det ikke gjelder noe krav om at samtlige detaljer i anken er uttrykkelig kommentert. Poenget må være å kommentere på de viktigste anførselene, hovedargumentene for hvorfor tingrettens dom eventuelt ikke er feil. Man må ikke kommentere hver minste detalj for å ha foretatt en overprøving.

I Rt. 2009 side 1407, omtalt ovenfor, ble det gjort et poeng ut av at anførsel knyttet til det nye påberopte vitnet var et hovedpoeng i anken. Nettopp fordi det var et hovedpoeng, mente Høyesteretts ankeutvalg at lagmannsretten burde ha kommentert anførselen.

Et viktig poeng i forhold til ankens betydning, er at dommeren formulerer sin egen forståelse av argumentasjonen. Hvis dommeren skulle klippe ut og lime inn argumentasjon fra et prosesskrift fra advokaten, har man ingen sikkerhet for at anførselene virkelig er forstått. Dette henger sammen med hensynene bak begrunnelseskravet, herunder tilliten til systemet, og at partene skal føle at de blir hørt i forhold til det de selv anfører.

- *Betydningen av tingrettens begrunnelse*

Som jeg allerede har vært inne på under punkt 5.3.1, kan tingrettens begrunnelse få betydning for ankenektelsen, da det er denne som skal overprøves. Hvis lagmannsretten står overfor en enkel sak, for eksempel et lovanvendelsesspørsmål, vil lagmannsretten i den grad de er enige kunne vise til det tingretten skriver, se punkt 6.3.1. Dette forutsetter imidlertid at tingretten har formulert seg godt.

Der tingretten har formulert seg uheldig, kan det hende at anken må slippes igjennom, til tross for at resultatet er riktig, se for eksempel Rt. 2010 side 62. Saken gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd. Høyesteretts ankeutvalg viste til at lagmannsretten hadde sluttet seg til tingretten i at skaden lå innenfor tiltaltes forsett, forutsatt at tiltalte hadde slått med knyttet hånd. Fordi det var uklart om tingretten hadde lagt dette til grunn, fant utvalget at lagmannsrettens begrunnelse ikke var tilstrekkelig til å vise hvorfor anken klart ikke kunne føre frem. Lagmannsrettens nektelse av anke angående domfellelse for overtredelse av straffeloven § 229 ble derfor opphevet.

I Rt. 2010 side 1943 (referert til under punkt 5.3.3.2), var det også et problem at tingrettens premisser var uriktige. Tingretten hadde nemlig, ved straffeutmålingen, uriktig lagt vekt på senere begåtte straffbare handlinger. Høyesteretts ankeutvalgt uttalte i avsnitt 10 at for at

lagmannsrettens beslutning skulle anses tilstrekkelig begrunnet, ville det være naturlig å kommentere dette.

Adgangen til å henvise til tingrettens begrunnelse har derimot en viktig begrensning der anken er grunnet på saksbehandlingsfeil. I slike anker er det jo nettopp tingrettens behandling som angripes. Lagmannsretten ville derfor ikke foretatt noen reell overprøving om den nøyde seg med en henvisning til den begrunnelse som selv er gjenstand for overprøving.

- *Betydningen av avgjørelsesgrunnlaget til tingretten*

I at det skal foretas en overprøving, ligger også at lagmannsretten ikke kan komme trekkende med nye ting i sin behandling av hvorvidt anken skal tillates fremmet eller ikke. Dette gjelder så vel rettslige, som faktiske grunnlag. Regel om at det skal foretas en overprøving setter med andre ord rammer for hva lagmannsrettens ankeutvalg kan legge vekt på. Dersom begrunnelsen viser at lagmannsretten har vektlagt noe som ikke tingretten har bygget på, må beslutningen oppheves på dette grunnlag.

Et eksempel på dette, er Rt. 2010 side 597. Saken gjaldt overtredelse av veitrafikkloven § 31 første ledd til tredje ledd, jf. § 22 første ledd, føring av motorvogn i beruset tilstand. Spørsmålet i tingretten var om det var ført tilstrekkelige bevis for at A hadde vært fører av bilen på det aktuelle tidspunktet.

Da bilen ble funnet, lå den slengt sidelengs inn mot en fjellknaus. Den tiltalte var skadd, og bilen totalskadd. I vurderingen av om tiltalte hadde kjørt bilen, eller vært passasjer, gikk tingretten inn på noen konkrete momenter, som at tiltalte hadde disponert bilen, og at det ikke hadde kommet frem noe som tydet på at det hadde vært andre i bilen enn tiltalte. I tillegg var det gitt en rimelig forklaring på hvorfor førerkortet til en arbeidskollega av den tiltalte var funnet i bilen. Etter dette gikk retten over til det som i saken ble kalt for ”blodsporet”, blod funnet i bilen, både på rattet, i førersetet, i taket (blodsprut), på solskjermen og på frontruten på førersiden. En analyse viste at blodet stammet fra tiltalte. Retten fant dette beviset avgjørende for at det var tiltalte som hadde kjørt bilen, og uttalte

at: ”Sammen med de øvrige indisiene, blir dette beviset avgjørende for rettens konklusjon om at tiltalte har kjørt bilen på ulykkestidspunktet. Tiltaltes blod ville ikke kunne kommet dit på den måten hvis han var passasjer og bare klatret ut av bilen over førerisetet.”

Lagmannsretten var ikke enig i at blodsporet kunne anses for avgjørende. De hevdet at dette var lite forenelig med den kraftige sidebevegelsen som tingretten eller hadde lagt til grunn vedrørende selve sammenstøtet. Videre utalte lagmannsretten at ”blodavsettingen må ha en annen forklaring enn å komme fra tiltaltes hodebevegelse som følge av kreftene og tregghetsmomentene som umiddelbart ble utløst ved sammenstøtet.”

Likevel fant lagmannsretten det klart at anken ikke ville føre frem, basert på de øvrige bevisene i saken. Momentene som lagmannsretten la vekt på, hadde også vært oppe for tingretten, men avgjørelsen ble bygd opp annerledes hos lagmannsretten. Det tingretten hadde omtalt om ”indisier”, fant lagmannsretten avgjørende, etter å ha forkastet det tingretten mente var det avgjørende beviset, nemlig blodbeviset. Indisiene ble hos lagmannsrettens ankeutvalg tillagt en vekt i totalvurderingen som tingretten ikke hadde funnet grunnlag for. Til dette uttalte Høyesteretts ankeutvalg:

”Lagmannsretten har såleis her fråvike det biletet som tingretten bygde opp ut frå direkte bevisføring. Når lagmannsretten, ut frå dokumenta, ser bort frå det avgjerande beviset for tingretten og i staden etablerer eit nytt grunnlag for domfelling, har lagmannsretten etter mitt syn kryssa ei grense for kva som er ei overprøving av tingrettsdommen, jf. det siterte frå Rt. 2008 side 1764 avsnitt 51. Ei sjølvstendig oppbygging av eit nytt grunnlag for domfelling inneber ei ny prøving av bevisa under skuldspørsmålet, som må liggje utanfor det som etter systemet i straffeprosesslova er ei overprøving av den påanka avgjerda, jf. her også §§ 322 og 333.”³²

En særlig problemstilling i forbindelse med avgjørelsesgrunnlag, er at lagmannsretten, når de skal fatte sin beslutning etter strpl. § 321, sitter på alle politidokumentene i saken. Når lagdommerne vurderer troverdighet og spørsmålet rundt sannsynligheten av om anken vil

³² Se Rt. 2010 side 597 avsnitt 17.

føre frem eller ikke, er det vanlig å se på om det er overensstemmelse mellom forklaringene gitt til politiet, og det som er blitt forklart i tingretten³³. Lagmannsretten må ved sin behandling likevel passe seg for å ikke trekke inn ting som står i politidokumentene som ikke har kommet fram i tingretten, se Rt. 2009 side 1590 avsnitt 20 hvor det uttales at *”lagmannsretten ved ankeprøving bør være varsom med å vektlegge forhold som tingretten etter umiddelbar bevisførsel og kontradiksjon ikke har bygget på[...]*”. På bakgrunn av bevisumiddelbarhetsprinsippet og kontradiksjonshensyn, skal lagmannsretten som utgangspunkt kun se på hva tingretten har avgjort saken ut ifra.

7 Internasjonale forpliktelser

7.1 Om tolkning av konvensjonsbestemmelser

Før jeg går nærmere inn på hva vi kan utlede av de internasjonale forpliktelse i forhold til begrunnelseskravets innhold, skal jeg si litt om tolkningen av konvensjonsbestemmelsene.

EMD har uttalt at den ved tolkning av konvensjonens bestemmelser henter veiledning i Wienkonvensjonen av 23.mai 1969 om traktatretten³⁴.

Når det gjelder tolkningen av SP, er det som allerede nevnt under punkt 3, FNs Menneskerettskomité som står for denne. I Rt. 2008 side 1764 (omtalt ovenfor), uttaler Høyesterett seg om den rettskildemessige betydningen av uttalelser fra FNs Menneskerettskomité, se avsnitt 81:

”På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at konvensjonstolking foretatt av FNs Menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.”

³³ Dette er i hvert fall, i følge de fem lagdommerne i Borgarting lagmannsrett, den vanligste måten å gå frem på, jf. møte av 21.02.2011, se kildehenvisning nedenfor.

³⁴ Se for eksempel *Golder mot Storbritannia*, dom av 21.01.75, § 29.

Som i norsk rett, skal man ta utgangspunkt i ordlydens naturlige språklige forståelse, jf. Wienkonvensjonens art. 31.

Subjektiv fortolkning av konvensjonenes bestemmelser i lys av forarbeider spiller kun en meget begrenset rolle i praksis. Typisk for forarbeidene til multilaterale traktater (som EMK og SP) er at de i stor grad er preget av motstridende uttalelser om politiske målsetninger. I tillegg vil som regel tiden ha løpt ifra uttalelsene i forarbeidene. Wienkonvensjonen art 32 uttaler også at forarbeider kun skal ha en sekundær (supplerende) rolle ved tolkningen.

For å nå konvensjonsbestemmelsenes overordnede formål, blir enkeltbestemmelsene ofte tolket relativt utvidende³⁵. Bestemmelsene i SP og EMK er også tøyelige og gir rom for progressive tolkninger. Praksis har vist at (særlig) EMD anvender formålsbetraktninger konsekvent, som et styrende prinsipp, ved tolkningen av EMK, se for eksempel saken *Wemhoff mot Tyskland* av 27.06.1968 hvor det uttales:

”Given that it is a lawmaking treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to release the aim and achieve the object of the treaty, not which would restrict to greatest possible degree the obligations undertaken by the parties”.

I forlengelsen av formålsbetraktninger, ligger hensynet til effektivisering av konvensjonsvernet. EMD har gjentatte ganger uttalt at konvensjonen har til formål å sikre

³⁵ se for eksempel *Mathieu-Mohin og Clerfayt mot Belgia*, dom av 02.03.87, §§ 47 og 49, hvor preambelet til EMK og 1. tilleggsprotokoll ble tatt inn ved tolkningen av art. 3 i 1. tilleggsprotokoll, og *Maaouia mot Frankrike* av 05.10.00, § 36, hvor de innledende betraktningene i 7. tilleggsprotokoll ble inntatt ved vurderingen av om art. 6 var anvendelig i saker om utvisning av utlendinger.

rettigheter, og at disse ikke skal være teoretiske eller illusoriske, men praktiske og effektive³⁶.

For at vernet skal være reelt, har man sett det som nødvendig at bestemmelsene tolkes dynamisk, i tråd med den øvrige samfunnsutviklingen ("present-day conditions" / prinsippet om at konvensjonen er et levende instrument). I *Selmouni-dommen*³⁷ uttalte EMD at handlinger, som i forhold til EMK art. 3 tidligere hadde blitt karakterisert som "umenneskelig og nedverdiggende" i motsetning til "tortur", med tiden ville kunne bli klassifisert annerledes.

Traktattekster utformes gjerne på flere språk. I disse tilfeller er det den teksten som best støtter formålet som skal velges, se Wienkonvensjonen art. 33 nr. 4.

Ved tolkningen og anvendelsen av konvensjonenes og tilleggsprotokollenes rettigheter og friheter, spiller tidligere praksis fra EMD og FNs Menneskerettskomité en stor rolle. Hensynet til rettssikkerhet, likhet for loven og en velordnet utvikling av konvensjonspraksis tilsier at håndhevingsorganene burde føle seg bundet av sine tidligere avgjørelser³⁸.

Avslutningsvis nevnes at medlemsstatene er gitt et visst skjønn ("margin of appreciation") ved vurderingen av om det er nødvendig å foreta inngrep i borgernes konvensjonsbeskyttede rettigheter. Innholdet og omfanget av denne skjønnsmarginen varierer. Siden rettergangskravet ved ileggelsen av straff er en klassisk menneskerettighet, er det kun en smal skjønnsmargin for nasjonale myndigheter på dette området.

³⁶ Se for eksempel *Artico mot Italia* av 13.05.80, § 33 og *Alenet de Ribemont mot Frankrike* av 10.02.95, § 35.

³⁷ Se *Selmouni mot Frankrike* av 28.07.99, § 101.

³⁸ Se for eksempel *Cossey mot Storbritannia*, dom av 27.09.90, § 35, *Chapman mot Storbritannia*, dom av 18.01.01, § 70, *Jane Smith mot Storbritannia*, dom av 18.01.01, § 77.

7.2 SP art. 14 nr. 5

Som vi så i Restauratørsaken og de etterfølgende Høyesterettsavgjørelsene i 2008, var det hovedsakelig SP art. 14 nr. 5 som foranlediget regelen³⁹ om at beslutninger om å nekte anker fremmet til lagmannsretten må begrunnes. Det er derfor naturlig å starte med å se nærmere på hva som kan utledes av denne konvensjonsbestemmelsen.

7.2.1 Anvendelsesområde

SP art. 14 nr. 5 gjelder for alle som er "*convicted of a crime*". Ankeretten etter SP art. 14 nr. 5 gjelder altså ikke for sivile saker⁴⁰, og heller ikke for anker fra påtalemyndigheten. Norge tok ved ratifikasjonen av SP i 1972 et generelt forbehold mot bestemmelsen, men forbeholdet ble delvis frafalt ved innføringen av to-instansordningen i 1995⁴¹.

Bestemmelsen gir den domfelte krav på overprøving av både skyldspørsmålet og straffeutmålingen. Det gjelder så vel bevisbedømmelsen som rettsanvendelsen og saksbehandlingen.

Det gjelder ikke noe minstekrav til overtredelsen for at SP art. 14 nr. 5 skal gi rett til anke⁴². Det er likevel antatt en nedre grense for bagatellmessige overtredelser. I noen saker

³⁹ Med regelen sikter jeg til både omleggingen av praksis og kodifiseringen av praksis.

⁴⁰ Se for eksempel *I.P. mot Finland*, Communication No. 450/1991 § 6.2

⁴¹ Forbeholdet ble opprettholdt med henblikk på to situasjoner, nemlig dersom tiltalte domfelles i lagmannsretten etter å ha blitt frifunnet i tingretten, og for så vidt gjelder riksrettssaker. Se for øvrig NOU 1992: 28 side 124-125, Ot.prp. nr. 78 (1992-93) side 66-67 og Innst. O. nr. 137 (1992-93) side 14.

⁴² Se General Comments (GenC) 13/21, § 17, samt Manfred Nowarks kommentarer til SP (CCPR Commentary) side 350.

fra FNs menneskerettskomité har det blitt vurdert om sakene var viktige nok til å gi rett til anke, en av disse var saken *Salgar de Montejo mot Colombia*⁴³.

Salgar de Montejo, direktør for en colombiansk avis, ble den 7. november 1979 dømt til et års fengsel av en militærdomstol for å ha solgt en pistol. Saken ble bare prøvet én gang. Etter tre måneder og 15 dager i fengsel, ble hun løslatt. Klagen til FNs menneskerettighetskomité gikk hovedsakelig ut på at hun ikke fikk prøvet saken sin av en overordnet domstol, jf. SP art. 14 nr. 5. Lovbestemmelsen som Salgar de Montejo var straffet etter, var etter colombiansk rett ikke plassert sammen med den typen straffebestemmelser som gav rett til noen overprøving. Klassifiseringen kan sammenlignes med norsk strafferett, som tidligere skilte mellom forbrytelser og forseelser. Spørsmålet var om klassifiseringen etter colombiansk rett skulle få betydning for om art. 14 nr. 5 fikk anvendelse, jf. uttrykket ”*according to law*”. Til dette uttalte FNs menneskerettskomité: *”The Committee considers that the expression "according to law" In article 14 (5) of the Covenant is not intended to leave the very existence of the right of review to the discretion of the States parties, since the rights are those recognized by the Covenant, and not merely those recognized by domestic law. Rather, what is to be determined "according to law" is the modalities by which the review by a higher tribunal is to be carried out. It is true that the Spanish text of article 14 (5), which provides for the right to review, refers only to "un. delito", while the English text refers to a "crime" and the French text refers to "une infraction". Nevertheless the Committee is of the view that the sentence of imprisonment imposed on Mrs. Consuelo Salgar de Montejo, even though for an offence defined as "contravencion" in domestic law, is serious enough, in all the circumstances, to require a review by a higher tribunal as provided for in article 14 (5) of the Covenant.”*

Konklusjonen ble altså at det forelå et brudd på art. 14 nr. 5, og hovedmomentet i vurderingen av om forholdet falt inn under bestemmelsen, var at Salgar de Montejo ble dømt til fengselsstraff.

⁴³ Et annet eksempel er *Pinkney mot Canada*, sak nr. 27 1978.

7.2.2 Forholdet til EMKs tilleggsprotokoll 7 art. 2 (TP 7-2)

EMKs 7. tilleggsprotokoll art. 2 (TP 7-2), gir også rett til overprøving i straffesaker. TP 7-2 er av nyere dato enn SP art. 14 nr. 5, og er blitt til under påvirkning av denne⁴⁴.

Bestemmelsen lyder:

”Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall

1. have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.”

Som vi kan lese av ordlyden, er også retten etter TP 7-2 begrenset til straffesaker. Det ligger likevel en forskjell i TP 7-2 fordi art. 2 erstatter SPs ”og” med ”eller”, slik at det etter EMK er opp til hvert enkelt land å avgjøre om skyldspørsmålet eller straffutmålingen eller begge deler skal kunne påankes til en høyere domstol. På dette punktet er SP art. 14 nr. 5 mer ambisiøs ved å oppstille en rett til overprøving av begge spørsmål.

Dersom domfellelse skjer første gang i overordnet domstol, gir dessuten ikke EMK TP 7 – 2 rett til å anke i ytterligere ett trinn.

TP 7-2 lar det også i betydelig grad være opp til nasjonale myndigheter å fastsette vilkårene for anke, se punkt 18 i forarbeidene: *”The Article leaves the modalities for the exercise of the right and the grounds on which it may be exercised to be determined by domestic law”*. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor mye som faktisk er igjen av rettigheten. En ordning hvoretter anken kan avvises av formelle grunner etter en foregrepet realitetsprøving, er således i samsvar med protokollens art. 2. Kun i de tilfeller der nasjonal rett uthuler *”the very essence of the right to appeal”* vil protokollen være krenket⁴⁵.

⁴⁴ SP ble vedtatt 16. desember 1966 og trådte i kraft 23. mars 1976, mens EMK TP 7 ble vedtatt 22. november 1984 og trådte i kraft 1. november 1988.

⁴⁵ Se forarbeidenes punkt 18, sml. uttrykket ”modalities”.

Selv om forskjellene mellom EMK TP 7-2 og SP art. 14 ikke er store, velger jeg i det følgende å ta utgangspunkt i SP, da art. 14 må antas å gå noe lengre enn det TP 7-2 gjør, jf. det jeg har sagt ovenfor⁴⁶.

7.2.3 Kravene i henhold til SP art. 14 nr. 5

7.2.3.1 Er ordningen med siling av anker i samsvar med SP art. 14 nr. 5?

I og med at SP art. 14 nr. 5 slår fast at enhver har rett til å få saken sin ”*reviewed by a higher tribunal*”, kunne det tenkes at hele ordningen med ankesiling, uavhengig av begrunnelseskravet, ikke var i samsvar med bestemmelsen. Det kunne tenkes at norsk rett, for å gå klar av SP, måtte tillate en full ankeprøving, i alle straffesaker.

Dette er derimot ikke tilfellet. Det er slått fast i en rekke avgjørelser fra Menneskerettskomiteén at en ordning med siling av anker er å betrakte som en overprøving i konvensjonens forstand⁴⁷. Om de krav som stilles til behandlingen for at den skal være i samsvar med SP art. 14 nr. 5, heter det i Communication No. 662/1995 *Lumley mot Jamaica* avsnitt 7.3:

”While on the basis of article 14 paragraph 5, every convicted person has the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law, a system not allowing for automatic right to appeal may still be in conformity with article 14, paragraph 5, as long as the examination of an application for leave to appeal entails a full review, that is, both on the basis of the evidence and of the law, of the conviction and sentence and as long as the procedure allows for due consideration of the nature of the case.”

Dette er ytterligere utdypet i Menneskerettskomiteens General Comment No. 32 fra 2007 (GC-2007-32-CCPR), om artikkel 14, på side 11-12, hvor det uttales:

”However, article 14, paragraph 5 does not require a full retrial of a « hearing », as long as the tribunal carrying out the review can look at the factual dimensions of the case. Thus,

⁴⁶ Dette var også det Høyesterett gjorde i Rt. 2008 side 1764, se avsnitt 70.

⁴⁷ Se for eksempel Communication No. 984/2001 *Juma mot Australia* avsnitt 7.5.

for instance, where a higher instance court looks at the allegations against a convicted person in great detail, considers the evidence submitted at the trial and referred to in the appeal, and finds that there was sufficient incriminating evidence to justify a finding of guilt in the specific case, the Covenant is not violated.”

I Communication No. 789/1997 *Bryhn mot Norge* ble da også den skriftlige behandlingen i den norske silingsordningen ansett å være i samsvar med artikkel 14 nr. 5 (og for øvrig art. 14 nr. 1, kravet til ”*public hearing*”). Spørsmålet om konvensjonen stiller krav til begrunnelse var imidlertid ikke oppe til avgjørelse i den saken.

Det må etter dette antas at den norske regelen, om skriftlig ankesiling med begrunnelse, er i samsvar med SP art. 14 nr. 5, forutsatt at begrunnelsen viser at det har skjedd en reell overprøving, se punktet nedenfor.

7.2.3.2 Hvilke krav stiller SP art. 14 nr. 5 til begrunnelsens innhold?

Selv om SP art. 14 nr. 5 ikke krever at alle anker i straffesaker slipper igjennom til dobbel behandling, har Menneskerettskomiteen sagt at den overordnede domstol må foreta ”*a substantially review*”. Se for eksempel uttalelsen i *George Winston Reid mot Jamaica*⁴⁸, avsnitt 14.3: ”*The Committee considers that, while the modalities of an appeal may differ among the domestic legal systems of States parties, under article 14, paragraph 5, a State party is under an obligation to substantially review the conviction and sentence.*” Det samme er også understreket i GC No. 32 avsnitt 48.

Det skal foretas en *substantially* (vesentlig/solid) overprøving av både en jus og faktum, se GC No. 32 avsnitt 48 siste punktum: ”*A review that is limited to the formal or legal aspects of the conviction without any consideration whatsoever of the facts is not sufficient under the Covenant.*” Dette ble også understreket i *Domukovsky et al. v. Georgia* i 1995. Det georgianske rettssystemet sørget nemlig kun for en overprøving av rettslige spørsmål, uten realitetsbehandling av selve saken. Menneskerettskomiteen fant at dette medførte et brudd

⁴⁸ Se Communication No. 355/1989

på SP art. 14 nr. 5, og uttalte at for at det skulle være samsvar mellom georgiansk rett og SP, måtte den overordnede domstolen foreta ”*a full evaluation of the evidence and the conduct of the trial*”, ikke bare ”*a judicial review on matters of law[...]*”. Se også *Gómez Vázquez mot Spania*, Communication No. 701/1996, avsnitt 11.1.

Poenget må altså være at begrunnelsen viser at saken er ”*substantially reviewed*”, eventuelt formulert som *reelt overprøvd*.

Begrunnelsen for at Menneskerettskomiteen konkluderte med brudd på SP art. 14 nr. 5 i Restauratørsaken finner vi i avsnitt 7.2, der det heter:

”The Committee recalls its jurisprudence, according to which, while States parties are free to set the modalities of appeal, under article 14, paragraph 5, they are under an obligation to review substantially the conviction and sentence. In the present case, the judgment of the Court of Appeal does not provide any substantive reason at all as to why the court determined that it was clear that the appeal would not succeed, which puts into question the existence of a substantial review of the author's conviction and sentence. The Committee considers that, in the circumstances of the case, the lack of a duly reasoned judgment, even if in brief form, providing a justification for the court's decision that the appeal would be unsuccessful, impairs the effective exercise of the right to have one's conviction reviewed as required by article 14, paragraph 5, of the Covenant.”

Menneskerettskomiteen fremhever her to virkninger av at lagmannsrettens avgjørelse ikke er begrunnet. Den ene er at dette vanskeliggjør en effektiv utøvelse av den rett man har til overprøving, ”*impairs the effective exercise of the right to have one's conviction reviewed*”, jf. tredje setning. Dette kan oppfattes slik at kravet om begrunnelse framstår som en nødvendig sikkerhetsforanstaltning for at det foretas en reell overprøving. At retten må forklare hvorfor anken ikke vil føre fram, sikrer at avgjørelsen er truffet etter en grundig og gjennomtenkt vurdering.

Den andre virkningen er at manglende begrunnelse ikke gjør det mulig å etterprøve at det har funnet sted en reell overprøving av anken, jf. andre setning hvor det heter at manglende

begrunnelse ”*puts into question the existence of a substantial review of the author's conviction and sentence*”. Dette har for det første en side til den domfelte selv, den domfelte skal gjennom begrunnelsen kunne kontrollere at de forhold som er tatt opp i anken, er vurdert på en forsvarlig måte. I tillegg har dette en side til overordnet kontrollorgan, hvor et slikt organ er etablert.

Som vi kan se, er innholdet i begrunnelseskravet etter SP art. 14 nr. 5 i stor grad sammenfallende med innholdet, og hensynene bak, strprl. § 321 femte ledd.

7.3 EMK art. 6 nr. 1

Jeg går så over på EMK art. 6 nr. 1 for å se nærmere på hvilke krav denne stiller til begrunnelsens innhold ved ankesiling. Spørsmålet her er om det kan utledes noe ytterligere av denne konvensjonsbestemmelsen.

7.3.1 Anvendelsesområde

EMK art. 6 gir de fundamentale rettergangskrav i sivile saker og i straffesaker. Dersom staten har rubrisert reaksjonen som straff, er art. 6 anvendelig uten videre, se for eksempel Rt. 2003 side 804. I de sakene det er snakk om i denne oppgaven, vil staten alltid ha rubrisert reaksjonen som straff.

EMK art. 6 nr. 1 gir rett til domstolsadgang (”*access to court*”), men man kan ikke utlede noen overprøvingsadgang⁴⁹. Når man derimot først står overfor en ankebehandling, gjelder de rettssikkerhetsgarantier som ligger i kravet om rettferdig rettergang, også under ankebehandlingen. Dette synspunktet ble første gang uttalt i dom 17. Januar 1970 i saken *Delcourt mot Belgia* (EMD-1965-2689), og har konsekvent vært lagt til grunn i senere praksis.

⁴⁹ Se *Delcourt mot Belgia* av 17.01.1970 §§ 25-26, *Brualla Gómez de la Torre mot Spania* 19.12.97 § 37, *Menesheva mot Russland* av 09.03.06 § 101.

7.3.2 Hvilke krav stilles til begrunnelsens innhold etter EMK art. 6 nr. 1?

Art. 6 nr. 1, første setning, lyder:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Overskriften til art. 6 er dessuten ”*Right to a fair trial*”, på norsk ofte oversatt til *retten til en rettferdig rettergang*.

Av ordlyden kan det ikke direkte utledes noe begrunnelseskrav. EMD har imidlertid tolket kravet om rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1 slik at realitetsavgjørelser og viktigere prosessuelle avgjørelser må begrunnes⁵⁰.

Hvor omfattende begrunnelse som kreves, kan vanskelig angis generelt, se for eksempel dom 9. desember 1994 i saken *Hiro Balani mot Spania* (omtalt nedenfor). Kravene til begrunnelsens innhold vil avhenge av sakens art, karakteren av de spørsmål som er omtvistet, hva som er anført og hvilken instans det er tale om.

EMD har også uttalt at selv om art. 6 nr. 1 forplikter domstolen til å begrunne avgjørelsene sine, kan ikke bestemmelsen tolkes slik at den krever en detaljert beskrivelse av samtlige anførsler anført av partene⁵¹. Begrunnelsen kan godt være kortfattet. Det viktige er at begrunnelsen gjør det mulig for leseren å forstå avgjørelsens resultat. Hvis en domstol ikke uttrykkelig har forholdt seg til et argument som parten har anført, kan begrunnelsen likevel være tilstrekkelig dersom begrunnelsen kan tolkes slik at retten implisitt har forkastet partens argument fordi det var uten betydning for sakens utfall. Dette var tilfellet i saken *Driemond Bouw BV mot Holland* av 02.02.99.

⁵⁰ Se Jon Fridrik Kjølbro, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 2. Utgave (2007), side 424 ff. med nærmere henvisninger til avgjørelser av EMD.

⁵¹ Se for eksempel *Salov mot Ukraina* av 06.09.05 § 89, og *Suominen mot Finland* av 01.07.03 §§ 33-38.

Hvis begrunnelsen derimot gjør det umulig å vurdere om retten har oversett partens påstand eller ikke, vil det foreligge en krenkelse. Et eksempel på dette finner vi i saken *Hiro Balani mot Spania*, dom av 9.12.1996. Rita Hiro Balani eide varemerket ”*Orient H.W. Balani Málaga*” etter sin avdøde ektemann. Varemerket var siden 1970 registrert i det spanske varemerkeregisteret, og gjaldt for klokker. I 1985 hadde den japanske klokkeprodusenten ”*Orient Watch Co. Ltd*” gått til søksmål for spanske domstoler med påstand om sletting av klagers varemerke. Klokkeprodusenten mente at dens varemerke var beskyttet i og med at varemerket var blitt registrert i 1951, og Spania var part i Paris-konvensjonen. Klager var grunnleggende uenig med produsenten av flere grunner: Fristoversittelse fra produsentens side, at produsentenes varemerke ikke var spesielt nok, samt at hennes varemerke var en fortsettelse av et varemerke (”*Creacions Orient*”) registrert i varemerkeregisteret i 1934 slik at det var hennes varemerke som uansett hadde prioritet foran det japanske.

Klager fikk medhold i første instans. Etter produsentens anke til spansk høyesterett ble dommen omgjort i klagers disfavør. Spansk høyesterett mente at klager ikke kunne få medhold i at den japanske produsentens varemerke ikke var spesielt nok, og at hun heller ikke kunne få medhold i anførselen om fristoversittelse. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til hennes påstand om at hennes varemerke i realiteten var registrert i 1934.

Hiro klaget til EMD og baserte klagen sin på anførselen om at det allerede forelå et registrert varemerke i 1934. Domstolen understreket at den ikke ville ta stilling til om denne anførselen var velfundert; det var det opp til nasjonale domstoler å avgjøre. Domstolen bemerket imidlertid at anførselen var relevant i saken, og at dersom ankedomstolen hadde tatt anførselen til følge og lagt den til grunn for sin avgjørelse ville den ha betydd at motpartenes søksmål måtte avvises. Det måtte derfor avgjøres om ankedomstolens manglende stillingtagen til klagers anførsel kunne anses for å være en indirekte avvisning av hennes sak. Prioritetsspørsmålet mellom varemerkene *Orient Watch Co. Ltd.* og *Creacions Orient* er et annet enn prioritetsspørsmålet mellom varemerkene *Orient Watch Co. Ltd.* og *Orient H.W. Balani Málaga*. Dette betød etter EMDs mening at ankedomstolen burde ha tatt stilling til anførselen fra klager. Fordi retten ikke tok opp spørsmålet i begrunnelsen overhodet, var det umulig å vite om den avviste å ta stilling til

dette fordi den mente dette var et annet spørsmål, eller fordi den uansett mente at prioritetsspørsmålet mellom varemerkene var klart. Dermed forelå det en krenkelse av art. 6 nr. 1.

Dersom den påankede dom er tilstrekkelig begrunnet, og det i anken ikke er påberopt noe vesentlig nytt, kan en ankedomstol i prinsippet slutte seg til den begrunnelse som er gitt av underinstansen⁵². I disse tilfellene vil det være avgjørende om underinstansen (altså tingretten), oppfyller begrunnelseskravet. EMD vil i slike tilfeller foreta en vurdering av om rettens behandling av bevisene i saken er beheftet med feil, og om begrunnelsen ellers er tilstrekkelig. I Norge vil underinstansen (tingretten) som hovedregel alltid tilfredsstillende kravene til begrunnelsens innhold, jf. strprl. §§ 39, 40 og 41.

Som vi kan se, bærer kravene til begrunnelsens innhold i EMK art. 6 nr. 1 preg av å være minstekrav. Dette er en naturlig konsekvens av at EMK ikke på selvstendig grunnlag gir ankerett. Den nye norske regelen om at ankenektelser må begrunnes må derfor sies å oppfylle kravene EMD har satt, om den ikke går enda lenger. I *Garcia Ruiz mot Spania* sa EMD at siden det var tale om minstekrav til begrunnelsens innhold, stod de ikke overfor en krenkelse. En fyldigere begrunnelse ville likevel være å fortrekke⁵³.

Ved vedtagelsen av den nye tvisteloven, la Tvistemålsutvalget til grunn at EMK art. 6 nr. 1 om ”*fair hearing*” stiller krav om at dommer begrunnes tilstrekkelig (”*adequately*”), men at det i stor grad er overlatt til statene å bestemme struktur og innhold i domsgrunnene⁵⁴. I og med at EMK art. 6 nr. 1 får tilsvarende anvendelse ved en eventuell ankebehandling, må det samme antas å gjelde for ankenektelsene.

⁵² Se for eksempel dom av 19. Des 1997 i saken *Helle mot Finland*, avsnitt 60 (EMD-1992-20772), dom 21.jan 1999 i saken *Garcia Ruiz mot Spania* (EMD-1996-20544), og dom 4.okt 2007 i saken *Sanchez Cardenas mot Norge* avsnitt 49 (EMD-2003-12148-2).

⁵³ Se dommens avsnitt 29 (§ 29). Dommen er av 21.01.1999.

⁵⁴ NOU 2001 nr. 32

Selv om EMK art. 6 nr.1 kun må anses å stille visse minstekrav til begrunnelsens innhold, og statene i praksis er gitt stor grad av frihet (skjønnsmargin) på dette området, må begrunnelsen ikke stride mot andre bestemmelser i EMK.

I saken *Sanchez Cardenas mot Norge*, ble Norge dømt for brudd på artikkel 8 på grunn av måten lagmannsretten hadde begrunnet sin dom på⁵⁵. Saken gjaldt en konflikt rundt klagerens samværsrett med barna. Klagerens tidligere samboer hadde anmeldt klageren for seksuelt overgrep mot den eldste sønnen (senere kalt L). Saken hadde blitt henlagt av politiet, men lagmannsretten, som nektet klageren samværsrett, uttalte likevel i sin begrunnelse følgende:

”At det ikke forelå tilstrekkelig bevis i straffesaken, er likevel ikke avgjørende i denne sak. Ut fra de opplysninger som foreligger i saken og der det er gitt nokså detaljerte beskrivelser av overgrepene sammenholdt med [Ls] sterke motforestillinger mot å ha samvær med far, er det etter lagmannsrettens syn mye som kan tyde på at overgrep har funnet sted. Lagmannsretten har likevel for sin avgjørelse ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på dette eller å ta stilling til det.” Etter dette uttalte lagmannsretten at den til tross for at det skal svært mye til for å nekte samværsrett, hadde kommet frem til at samvær ikke burde finne sted i dette tilfellet, da det ut fra en samlet vurdering ikke ville være til barnas beste. Klageren anket dommen inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg, som nektet anken fremmet.

Til tross for uttalelsens karakter og mulige skadegjørende effekt, var uttalelsen ikke begrunnet i noen overbevisende forklaring. På bakgrunn av dette fant EMD at lagmannsrettens uttalelse ikke var tilstrekkelig berettiget under disse omstendighetene og at den, til tross for den nasjonale domstolens skjønnsmargin på slike områder, var uproporsjonal i forhold til de legitime formål den søkte å oppnå. Etter dette konkluderte EMD med at det forelå en krenkelse av art. 8.

⁵⁵ Dom av 04.10.2007, se avsnitt 37-39. Rt. 2008 side 500 følger opp denne, se avsnitt 14.

8 Avsluttende ord

Hva som kreves før en står ovenfor en tilfredsstillende begrunnelse, må vurderes konkret fra sak til sak. Det helt sentrale i denne vurderingen, er hvorvidt begrunnelsen viser at lagmannsretten har foretatt en reell overprøving. Hva som har blitt anført i anken har også vist seg å få stor betydning i praksis, både nasjonalt og internasjonalt.

Slik FNs Menneskerettskomité har formulert innholdet i SP art. 14 nr. 5, og EMD har formulert innholdet i EMK art. 6 nr. 1, synes norsk rett nå å være i samsvar med konvensjonsbestemmelsene. En skal likevel ikke se bort ifra at situasjonen vil være en annen om ti eller tjue år. Selv om norsk rett nå er i overensstemmelse med bestemmelsene, har ikke lovgiver gått spesielt langt i å verne om retten til overprøving (med retten til begrunnelse). Lovgiver har lagt seg på en minimumsnivå. Med konvensjoner i stadig utvikling, der vernet er gjenstand for dynamisk fortolkning i lys av endrede samfunnsforhold, formålsbetraktninger og effektivitetshensyn⁵⁶, skal en ikke se bort ifra at kravene etter SP og EMK vil se annerledes ut i fremtiden. Kanskje vil utviklingen gå mot full overprøving i to instanser, i alle straffesaker. Da vil ikke lovgivers minimumsordning lenger være tilstrekkelig.

⁵⁶ Se punkt 7.1 ovenfor vedrørende tolkningen av konvensjonsbestemmelsene.

9 Kilder

Litteratur

Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess (4.utgave 2009)

Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere (2. og 3. utgave).

Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter (2. utgave)

Sverre Erik Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen (2004)

Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political rights: CCPR Commentary (revidert utgave, 2005)

Generelle tolkningsuttalelser (General Comments): Human Rights Committee, General Comment No. 32 fra 2007 (GC-2007-32-CCPR)

Anne Robberstad, Sivilprosess (2009)

Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter (2006)

Torstein Eckhoff, Rettskildelære (5. Utgave ved Jan E. Helgesen)

Lovgivning

Lov om rettergangsmåter i straffesaker (Straffeprosessloven)

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)

Den Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

Lov av 18.06.1965 (Vegtrafikkloven)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), samt tilleggsprotokoll 1 og 7

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten

Rettspraksis

Fra Norge

Rt. 2003 side 804

Rt. 2004 side 1794

Rt. 2008 side 500

Rt. 2008 side 1764

Rt. 2009 side 616

Rt. 2009 side 833

Rt. 2009 side 909

Rt. 2009 side 926

Rt. 2009 side 1002

Rt. 2009 side 1006

Rt. 2009 side 1118

Rt. 2009 side 1407

Rt. 2009 side 1555

Rt. 2009 side 1595

Rt. 2010 side 58

Rt. 2010 side 62

Rt. 2010 side 597

Rt. 2010 side 807

Rt. 2010 side 1170

Rt. 2010 side 1195

Rt. 2010 side 1376

Rt.2010 side 1487

Rt. 2010 side 1688

Rt. 2010 side 1943

Internasjonale avgjørelser

Fra EMD:

Wemhoff mot tyskland, dom av 27.06.1968

Delcourt mot Belgia, dom av 17.01.70

Golder mot Storbritannia, dom av 21.01.75

Artico mot Italia, dom av 13.05.80

Mathieu-Mohin og Clerfayt mot Belgia, dom av 02.03.87

Cossey mot Storbritannia, dom av 27.09.90

Hiro Balani mot Spania, dom av 09.12.94

Allenet de Ribemont mot Frankrike, dom av 10.02.95

Brualla Gómez de la Torre mot Spania, dom av 19.12.97

Helle mot Finland, dom av 19.12.97

Garcia Ruiz mot Spania, dom av 21.01.99

Driemond Bouw BV mot Holland, dom av 02.02.99

Selmouni mot Frankrike, dom av 28.07.99

Maaouia mot Frankrike, dom av 05.10.00

Chapman mot Storbritannia, dom av 18.01.01

Jane Smith mot Storbritannia, dom av 18.01.01

Suominen mot Finland, dom av 01.07.03

Cooper mot Storbritannia, dom av 16.12.03

Stec m.fl. mot Storbritannia, dom av 06.07.05

Salov mot Ukraina, dom av 06.09.05

Menesheva mot Russland, dom av 09.03.06

Sanchez Cardenas mot Norge, dom av 04.10.07

Fra FNs Menneskerettskomité:

Pinkney mot Canada, Communication No. 27/1978

Salgar de Montejo mot Colombia, Communication No. 15/1982

I.P. mot Finland, Communication No. 450/1991

Lumley mot Jamaica, Communication No. 662/1995

Bryhn mot Norge, Communication No. 789/1997

Juma mot Australia, Communication No. 984/2001

Restauratørsaken, Communication No. 1542/2007

Forarbeider

NOU 1992: 28 *To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker*

Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) *Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (to-instansbehandling, anke og juryordning).*

NOU 2001: 32 *Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*

Prop. 141 L (2009-2010) *Endringer i straffeprosessloven mv.*

Lovvedtak 3 (2010-2011)

Høringsnotatet ”*Forslag om endringer av reglene om begrunnelse av beslutninger om å nekte anker fremmet*” av 13.05.2009.

Høringsbrev fra Borgarting lagmannsrett ved Nils Erik Lie av 13.08.2009
(referansenummer 09-081231ADM-BORG/BORG)

Andre kilder

www.domstol.no

www.rechtsdata.no

www.lovdata.no

www.regjeringen.no

www.bayefsky.com (avgjørelser fra FNs Menneskerettskomité)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (EMDs avgjørelser i fulltekst)

Møte med Borgarting lagmannsrett 21. februar, representert ved lagdommerne Ellen Mo, Jørgen Brunsvig, Mette Jenssen, Vibeke Irene Løvold og Siri Berg Paulsen. Lagdommerne kom med nyttige innspill, særlig rundt hvordan dette gjøres i lagmannsretten, rent praktisk.

Artikkel av Jens Edvin A. Skoghøy i Lov og Rett 03/2009: ”*Ankesiling og begrunnelse*”

Artikkel av Advokat Anders Ryssdal i Aftenposten 11.10.10: ”*Hvorfor begrunnelse?*”

