

UiO : **Det juridiske fakultet**

Kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler som vilkår for gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser

En vurdering av om Høyesteretts anvendelse av uttømmingsregelen i Rt. 2010 s. 1170 er i tråd med praksis fra håndhevingsorganene i SP og EMK

Kandidatnummer: 628

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17.999



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunnen for problemstillingen	2
1.3	Kilder	5
1.4	Metode	6
1.5	Avgrensninger	8
1.6	Den videre fremstilling	9
2	RETTE TIL GJENÅPNING AV UBEGRUNNEDE ANKENEKTELSER ...	10
2.1	Problemstilling	10
2.2	Straffeprosessloven § 392 første ledd	10
2.3	Rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel	12
2.3.1	Generelt	12
2.3.2	Kravet om at det må foreligge krenkelse av konvensjonen	14
2.3.3	Kravet om prøvingsrett ved en nasjonal myndighet	15
2.3.4	Kravet om effektivitet	16
2.3.5	Om det kan utledes et krav til gjenåpning	18
2.4	To sentrale høyesterettsavgjørelser	22
2.4.1	Generelt	22
2.4.2	Rt. 2003 s. 359	22
2.4.3	Rt. 2010 s. 1170	24
2.5	Sammenfatning	28
3	KRAVET TIL UTTØMMING AV NASJONALE RETTSMIDLER	30
3.1	Problemstilling	30
3.2	Generelt	30
3.3	Rettsmiddelbegrepet	32

3.4	Klagerens plikter.....	34
3.5	Krav som stilles for at nasjonale rettsmidler må uttømmes.....	36
3.5.1	Generelt	36
3.5.2	Tilgjengelighetskravet.....	37
3.5.3	Effektivitetskravet	40
3.5.4	Tilstrekkelighetskravet.....	50
3.5.5	Unntak	52
3.6	Sammenfatning	53
4	VURDERING AV HVORVIDT ANKEADGANGEN OVER UBEGRUNNEDE ANKENEKTelser, SLIK DEN FORELÅ FØR HØYESTERETTS RETNINGSSKIFTE I 2008, VAR TILGJENGELIG, EFFEKTIV OG TILSTREKKELIG.....	54
4.1	Problemstilling.....	54
4.2	Norsk lovgiving før retningsskiftet i 2008	54
4.3	Norsk rettspraksis om begrunnelsesplikten før retningsskiftet i 2008	56
4.4	Hvorvidt ankeadgangen var tilgjengelig, effektiv og tilstrekkelig	59
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	65
6	LITTERATURLISTE	67
6.1	Lover.....	67
6.2	Traktater.....	67
6.3	Forarbeider.....	68
6.3.1	Norske forarbeider	68
6.3.2	Internasjonale forarbeider og uttalelser.....	68
6.4	Rettspraksis.....	69
6.4.1	Høyesterett	69
6.4.2	Lagmannsrettene	70
6.4.3	Tingrettene	70
6.4.4	Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker	70

6.4.5	Den europeiske menneskerettsdomstol (Strasbourg)	70
6.4.6	Den europeiske menneskerettskommisjon (Strasbourg)	72
6.4.7	FNs menneskerettskomité (Genève)	73
6.5	Uttalelser.....	74
6.6	Bøker	74
6.7	Artikler.....	75
6.8	Nettsider.....	75
6.9	Personlige meddelelser	75

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Menneskerettighetene får stadig større innflytelse i norsk rett. Dette skyldes de internasjonale domstolenes dynamiske tolkning av de eksisterende konvensjonene, samt den kontinuerlige utvidelsen av rettighetspakken. Denne utviklingen stiller krav til norske domstoler, som i henhold til menneskerettsloven § 3 skal gi de her inkorporerte konvensjonene forrang ved motstrid i annen lovgivning.

Dersom det viser seg at domstolenes praksis på et område har vært i strid med de inkorporerte menneskerettighetene, vil det kunne oppstå spørsmål om rettskraftige avgjørelser kan kreves gjenåpnet. Denne problemstillingen har blant annet reist seg på straffeprosessrettens område. Høyesterett kom i 2008 til at straffeprosesslovens ordning om at ankenektelser som hovedregel ikke skulle begrunnes var i strid med Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP).¹ I 2010 avgjorde Høyesterett at det kan kreves gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser etter straffeprosessloven § 392 første ledd, sett i sammenheng med forpliktelser etter SP.²

Høyesterett fant imidlertid at gjenåpningsadgangen måtte begrenses til de som hadde klageadgang til FNs menneskerettskomité (Komiteen). Etter SP valgfri tilleggsprotokoll artikkel 2 må klageren ha «exhausted all available domestic remedies» før det foreligger klageadgang (uttømmingskravet). I praksis kreves allikevel ikke uttømming dersom de tilgjengelige rettsmidler ikke var «effektive».³ Høyesterett fant at man hadde hatt et tilstrekkelig effektivt rettsmiddel etter SP ved at nektelsesbeslutninger kunne ankes eller påkjæres til

¹ Rt. 2008 s. 1764.

² Rt. 2010 s. 1170.

³ Se oppgavens avsnitt 3.5.3.

Høyesterett. For de som ikke hadde benyttet denne ankeadgangen, måtte derfor klage til Komiteen – og dermed også gjenåpningsadgangen – være avskåret.⁴

I henhold til Komiteens praksis må klagen i tillegg som hovedregel være inngitt innen rimelig tid.⁵ Høyesterett tolket denne regelen dit hen at det måtte stilles krav om at det ved begjæring om klage eller gjenåpning som hovedregel ikke måtte ha gått mer enn fem år siden rettskraftig dom (fem-årskravet).⁶

Problemstillingen i denne oppgaven er hvorvidt Høyesteretts anvendelse av uttømmingskravet er i tråd med praksis fra håndhevingsorganene i SP og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).⁷

1.2 Bakgrunnen for problemstillingen

Bakgrunnen for problemstillingen oppstod i Genève i 2008 i den såkalte Restauratørsaken.⁸ Saken gjaldt en restauranteier som var blitt domfelt for straffbare forhold av økonomisk karakter.⁹ Anke til lagmannsretten var blitt nektet fremmet under henvisning til straffeprosessloven § 321 annet ledd, idet lagmannsretten fant det «klart at anken ikke ville føre frem».¹⁰ Det var ikke gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor lagmannsretten kom til denne konklusjonen. Formuleringen er en gjengivelse av lovens vilkår for å nekte en anke fremmet, og er en standardfrase som ble benyttet i de aller fleste slike saker.¹¹ Ankenektel-

⁴ Avsnitt 80.

⁵ Som gjengitt i Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 81.

⁶ Avsnitt 88.

⁷ Se oppgavens avsnitt 1.3 om hvorfor praksis fra håndhevingsorganene i EMK er relevant.

⁸ A. A. v. Norway.

⁹ Sarpsborg tingretts dom av 11. januar 2006.

¹⁰ Borgarting lagmannsretts beslutning av 1. juni 2006.

¹¹ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 42.

ser skulle etter det dagjeldende system ikke begrunnes nærmere, jfr. straffeprosessloven § 321 femte ledd jfr. § 53. Det ble i praksis bare gjort unntak fra dette ved «ekstraordinære omstendigheter» eller lignende.¹² Restauranteierens kjæremål over lagmannsrettens nektelsesbeslutning var i samsvar med dette blitt forkastet av Høyesteretts ankeutvalg etter straffeprosessloven § 321 sjette ledd.¹³

Komiteen konkluderte med at den manglende begrunnelsen representerte et brudd på retten til å anke etter SP artikkel 14 nr. 5. Etter denne bestemmelsen har den som er straffedømt rett til å få skyldspørsmålet og straffutmålingen prøvd av en høyere rettsinstans. Komiteen fant at den manglende begrunnelsen etterlot tvil om hvorvidt det var foretatt en reell overprøving («review substantially») av anken, og at dette svekket den effektive utøvelsen av domfeltes rett til overprøving etter SP.¹⁴ Etter å ha konstatert krenkelse, ba Komiteen Norge om å gjøre det som var nødvendig for å hindre tilsvarende brudd i fremtiden, og å informere innen 180 dager om hvilke tiltak som ville bli satt i verk for å få loven i samsvar med menneskerettighetene.¹⁵

Restauranteieren fremsatte deretter begjæring om gjenåpning av saken under henvisning til Komiteens avgjørelse. Gjenopptakelseskomisjonen fant at begjæringen måtte føre frem i henhold til straffeprosessloven § 391 nr. 2 bokstav b.¹⁶ Det følger av denne bestemmelsen at det kan kreves gjenåpning dersom «en internasjonal domstol eller FNs menneskerettskomité i en sak mot Norge har funnet at saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av». Avgjørelsene mot res-

¹² Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 56.

¹³ HR-2006-1304-U.

¹⁴ Avsnitt 7.2

¹⁵ Avsnitt 9 og 10.

¹⁶ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker, avgjørelse av 17. desember 2008.

tauranteieren ble deretter opphevet ved ny behandling i Høyesteretts ankeutvalg og i lagmannsretten.¹⁷ Ved ny berømmelse ble siktede igjen domfelt i tingretten.¹⁸

Høyesteretts storkammer tok i Rt. 2008 s. 1764 stilling til spørsmålet om Komiteens tolkning av SP artikkel 14 nr. 5 *for fremtiden* måtte gå foran straffeprosesslovens ordning om at ankenektelser som hovedregel ikke skulle begrunnes. Også denne saken gjaldt en mann som var blitt domfelt for økonomisk kriminalitet.¹⁹ Lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet var sedvanlig begrunnet med at det var klart at anken ikke ville føre frem.²⁰

Høyesterett la først til grunn at en konvensjonstolkning foretatt av Menneskerettskomiteen måtte ha betydelig vekt som rettskilde i spørsmålet om hvilken regel som skulle gis forrang.²¹ Dette gjaldt særlig overfor en så klar avgjørelse som i dette tilfellet. Høyesterett fant videre at begrunnelsesplikten som ble oppstilt i Restauratørsaken måtte gjelde generelt, og derfor ikke kunne begrenses til saker hvor det forelå «ekstraordinære omstendigheter», slik som praktisert i norsk rett.²² Denne regelen måtte gå foran ankesilingsreglene i straffeprosessloven i henhold til menneskerettsloven § 3 om forrang. Ettersom det ikke var gitt noen reell begrunnelse for lagmannsrettens beslutning i saken, fant Høyesterett at avgjørelsen led av en saksbehandlingsfeil som måtte føre til opphevelse i henhold til straffeprosessloven § 385 tredje ledd, jfr. § 343 første ledd.

I kjølvannet av Høyesteretts kjennelse, oppstod spørsmålet om begrunnelsesplikten også kunne gjøres gjeldende med *tilbakevirkende kraft* overfor rettskraftige avgjørelser ved gjenåpning. Problemstillingen kom på Høyesteretts bord to år senere i Rt. 2010 s. 1170, og

¹⁷ Rt. 2009 s. 77, Gulating lagmannsretts kjennelse av 2. juni 2009.

¹⁸ Moss tingretts avgjørelse av 3. september 2010 (rettskraftig).

¹⁹ Nordmøre tingretts dom av 30. mai 2008.

²⁰ Frostating lagmannsretts kjennelse av 1. august 2008.

²¹ Avsnitt 81.

²² Avsnitt 96.

det er denne avgjørelsen som danner grunnlaget for oppgavens tema. Spørsmålet i saken var om straffeprosessloven § 392 første ledd, sett i sammenheng med forpliktelser i SP, ga grunnlag for gjenåpning for andre som var domfelt på grunnlag av den saksbehandling som var blitt funnet konvensjonsstridig i Restauratørsaken.

Høyesterett la til grunn at to regelsett i SP var relevant i vurderingen av om det kunne kreves gjenåpning. Bestemmelsen i SP artikkel 2 nr. 3a om rett til effektive rettsmidler måtte få betydning for adgangen til gjenåpning, mens klagereglene i artikkel 2 i den valgfrie protokollen måtte få betydning for avgrensning av retten.²³ I henhold til konvensjonspraksis, vil en effektivitetsvurdering være avgjørende etter begge regelsett.²⁴ Førstnevnte bestemmelse krever at det skal foreligge et effektivt nasjonalt rettsmiddel, og etter sistnevnte bestemmelse er det bare slike rettsmidler som kan kreves uttømt ved klage til Komiteen.

1.3 Kilder

Spørsmålet om gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser begrenser seg i utgangspunktet til en tolkning av aktuelle forpliktelser i SP. Dette er fordi gjenåpning av slike saker har sitt grunnlag i rettigheter utledet av denne konvensjonen. Komiteens praksis vil dermed være en sentral tolkningsfaktor.²⁵

Praksis fra håndhevingsorganene i EMK vil imidlertid også være relevant, ettersom de aktuelle konvensjonsbestemmelsene i all hovedsak er sammenfallende. Det er i forarbeidene til tvisteloven og i juridisk litteratur forutsatt at retten til effektive rettsmidler i EMK artikkel 13 har samme rekkevidde som bestemmelsen i SP artikkel 2 nr. 3.²⁶ Det er også grunnlag for å anta at uttømmingsregelen i EMK artikkel 35 nr. 1, har samme rekkevidde som i

²³ Avsnitt 73-76.

²⁴ Se oppgavens avsnitt 2.3.4 og 3.5.3.

²⁵ Se oppgavens avsnitt 1.4.

²⁶ NOU 2001: 32 avsnitt 4.3.4, Nowak (2005) side 57 flg.

SP. Dette støttes av ordlyden i EMK artikkel 35 nr. 1 og SP artikkel 41 (1) bokstav c, som henviser til at uttømmingsregelen skal praktiseres i samsvar med «generally recognised rules [principles] of international law». Dette må ses på bakgrunn av at uttømmingsregelen har vært å betrakte som gjeldende folkerettslig sedvane forut for vedtakelsen av EMK og SP.²⁷ Det synes også forutsatt at uttømmingsregelen er den samme i Rt. 2010 s. 1170 og i juridisk teori.²⁸

Det vil ved gjennomgangen av EMK-retten tas med praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), samt fra den gamle domstolen og Den europeiske menneskerettskommisjonen (Kommisjonen). Den gamle domstolen og Kommisjonen ble erstattet av EMD ved den 11. endringsprotokoll av 11. mai 1994.

I fremstillingen vil det gjennomgående henvises til EMK-praksis før det redegjøres for praksis om SP. Dette er fordi det foreligger mer utførlig praksis fra organene i EMK enn i SP.

1.4 Metode

Både EMK og SP er inkorporert i norsk rett, og skal ved motstrid gå foran norsk lov, jfr. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Høyesterett har uttalt at dersom en tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som har «de beste grunner for seg», kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran.²⁹ Uttalelsen gjelder tolkningsprinsippene for anvendelsen av forrangsbestemmelsen i forholdet mellom norske lovbestemmelser og EMK. Høyesterett har forutsatt at dette prinsippet har gyldighet også i forholdet mellom norsk lov og SP.³⁰

²⁷ Bårdsen (1999) side 309.

²⁸ Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 77, Møse (2002) side 142, Bårdsen (1999) side 23, Zwart (1994) side 187.

²⁹ Rt. 2002 s. 557 på side 565.

³⁰ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 76.

Høyesterett har videre lagt til grunn at «norske domstoler ... skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD» ved anvendelsen av EMK.³¹ Dette innebærer at norske domstoler må tolke EMK på samme måte som EMD, og således forholde seg til konvensjonens ordlyd, formål og til konvensjonsorganenes avgjørelser.³² Det er imidlertid EMD som skal utvikle konvensjonen. Høyesterett har i denne forbindelse uttalt at norske domstoler som utgangspunkt ikke skal tolke rettighetene for dynamisk, eller legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for menneskerettsbrudd.³³

Når konvensjonens innhold skal fastlegges, er EMDs praksis således en sentral kilde.³⁴ Domstolens plenums- og storkammeravgjørelser har størst vekt i henhold til alminnelig prejudikatslære. Komiteens praksis er tilsvarende forutsatt å ha «betydelig vekt som rettskilde» ved tolkningen av SP.³⁵ Dersom det foreligger tvil om rekkevidden av en internasjonal avgjørelse, vil det være avgjørende om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol.³⁶

Det følger av praksis fra EMD at den ved tolkningen av EMK legger vekt både på realitetsavgjørelser og avvisningsavgjørelser.³⁷ Etersom norske domstoler skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, vil dette også måtte legges til grunn i nasjonal rettsanvendelse. Høyesterett har i tråd med dette uttalt at det ikke er noen grunn til å tillegge konvensjonsorganenes avvisningsavgjørelser mindre vekt enn dens realitetsavgjørelser.³⁸ I hvilken

³¹ Rt. 2000 s. 996 på side 1007.

³² Rt. 2000 s. 996 på side 1007. EMD har lagt til grunn at den vil la seg veilede av tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen om traktatretten, se *Golder mot Storbritannia* avsnitt 29.

³³ Rt. 2000 s. 996 på side 1007 og 1008.

³⁴ Rt. 1999 s. 961 på side 971, Frøberg (2004) side 176.

³⁵ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81.

³⁶ Rt. 2000 s. 996 på side 1007 og 1008.

³⁷ Som gjengitt i Rt. 2006 s. 1409 avsnitt 94.

³⁸ Rt. 2006 s. 1409 avsnitt 53.

grad en avvisningsavgjørelse skal vektlegges vil imidlertid bero på en konkret vurdering. Momenter i vurderingen er hvor mange dommere som har deltatt i avvisningsavgjørelsen, hvor grundig og veloverveid avgjørelsen er, om saksforholdet er parallelt med det tilfellet som skal avgjøres, og om innholdet i avgjørelsen er fulgt opp i senere saker.³⁹ Det vil videre være av betydning om avvisningsavgjørelsen avviker fra konvensjonens anvendelsesområde eller konvensjonsorganenes tidligere praksis.⁴⁰

Det legges etter dette til grunn at konvensjonen i utgangspunktet må tolkes på samme måte som håndhevingsorganene i EMK og SP, og at tolkningsresultatet, dersom det har «de beste grunner for seg», skal gå foran reglene i straffeprosessloven ved motstrid.

Formålet med denne oppgaven er som nevnt å undersøke hvorvidt Høyesteretts anvendelse av uttømmingsregelen er i tråd med de internasjonale organenes praktisering av regelen. Oppgavens tema har imidlertid en «ekstra dimensjon» i og med at uttømmingsregelen i Rt. 2010 s. 1170 ikke vurderes i forbindelse med en klage til et internasjonalt organ, men i forbindelse med spørsmål om gjenåpning nasjonalt. Det er ikke sikkert at spørsmålet om uttømming som vilkår for gjenåpning kan løses på samme måte som hvis spørsmålet ble vurdert ved klage til EMD eller Komiteen.⁴¹ Denne problemstillingen vil imidlertid ikke bli analysert nærmere i denne oppgaven.

1.5 Avgrensninger

Høyesterett fant i Rt. 2010 s. 1170 at straffeprosessloven § 392 første ledd var den aktuelle bestemmelsen ved vurderingen av gjenåpningsbegjæringen.⁴² Etter denne bestemmelsen kan gjenåpning besluttes når Høyesterett har «fraveket en lovtolking som den tidligere har

³⁹ Bendiksen (2009) side 73.

⁴⁰ Jussila mot Finland avsnitt 34.

⁴¹ Kjølbrot (2012).

⁴² Avsnitt 44, 70 og 71.

lagt til grunn, og som dommen bygger på». Straffeprosessloven § 391 nr. 2 b ble ikke ansett å komme til anvendelse ettersom det ikke forelå noen avgjørelse fra Komiteen i saken. Når det gjaldt anvendelsen av straffeprosessloven § 392 annet ledd om gjenåpning ved «særlige forhold», nøyde Høyesterett seg med å vise til at bestemmelsen skal utgjøre en sikkerhetsventil.

Denne oppgaven avgrenses i tråd med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 1170, ettersom det bare er i slike saker at det blir snakk om et krav til uttømming av nasjonale rettsmidler som vilkår for gjenåpning. Andre mulige grunnlag for gjenåpning vil således ikke behandles. Av hensyn til oppgavens omfang, avgrenses det også mot en behandling av femårskravet.

1.6 Den videre fremstilling

Det vil i kapittel to redegjøres for adgangen til gjenåpning etter straffeprosessloven § 392 første ledd og etter Norges internasjonale forpliktelser. Deretter behandles to sentrale høyesterettsavgjørelser hvor det har blitt tatt stilling til spørsmålet om gjenåpning på grunnlag av endret tolkning av folkerettslige tekster.

I kapittel tre behandles uttømmingsregelen i EMK artikkel 35 nr. 1 og SP valgfri tilleggsprotokoll artikkel 2. Det vil her særlig bli lagt vekt på hvilke krav som stilles for at interne rettsmidler må uttømmes i det konkrete tilfellet.

Deretter gis i kapittel fire en vurdering av hvorvidt Høyesterett hadde grunnlag for å oppstille krav om uttømming av nasjonale rettsmidler, sett hen til de kriterier som er oppstilt i oppgavens tredje kapittel. Oppgavens siste kapittel inneholder avsluttende bemerkninger om den gjeldende rettskildesituasjon.

2 Retten til gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser

2.1 Problemstilling

Det er hensiktsmessig å gi en redegjørelse for adgangen til gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser, før det tas stilling til om Høyesterett hadde grunnlag for å begrense retten etter uttømmingsregelen. Det vil først redegjøres for gjenåpningsregelen i straffeprosessloven § 392 første ledd (avsnitt 2.2). Deretter behandles retten til effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 (avsnitt 2.3). Det tas særlig sikte på å avgjøre hvorvidt staten er folkerettslig forpliktet til å tilby gjenåpning ved brudd på konvensjonsrettighetene. Til slutt behandles Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2010 s. 1170 (avsnitt 2.4).

2.2 Straffeprosessloven § 392 første ledd

Gjenåpningsinstituttet er et ekstraordinært rettsmiddel og en sikkerhetsventil som kan benyttes overfor rettskraftige avgjørelser som pretenderes å være feil. Straffeprosessloven § 392 første ledd er en slik sikkerhetsventil for det tilfellet at det har skjedd en endring i Høyesteretts lovforståelse:

«Selv om vilkårene i §§ 390 eller § 391 ikke er til stede, kan gjenåpning til gunst for siktede beslutes når Høyesterett har fraveket en lovtolkning som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på.»

Det er tre vilkår som må være oppfylt for at gjenåpning kan beslutes etter denne bestemmelsen. Gjenåpning må for det første være «til gunst for siktede». For det andre må Høyesterett ha «fraveket en lovtolkning som den tidligere har lagt til grunn». For det tredje er det et vilkår at den aktuelle dom bygger på den tidligere lovtolkning. Dersom vilkårene er oppfylt «kan» domstolene beslutte gjenåpning dersom den finner at det foreligger tilstrekkelig

grunn til det. Bestemmelsen kommer til anvendelse så langt den passer for beslutninger som nekter en anke over dom fremmet, jfr. straffeprosessloven § 401 annet punktum.

Gjenåpning vil være «til gunst for siktede» dersom en ny lovforståelse vil lede til frifinnelse, mildere subsumsjon eller mildere reaksjon i den angrepne avgjørelse.⁴³ Endrede oppfatninger om prosessuelle forhold omfattes også.⁴⁴ Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 s. 1764 om at ankenektelser må begrunnes, er et eksempel på et slikt prosessuelt retningskifte.

Det andre vilkåret fordrer at Høyesterett har fraveket en «lovtolkning» som tidligere er lagt til grunn. Bestemmelsen retter seg således ikke spesielt mot endret tolkning av folkerettslige tekster. Straffeprosesslovkomiteen har uttalt at uttrykket lovtolkning skal forstås restriktivt. Skjønsmessige avgjørelser med hensyn til hva som går inn under en lovbestemmelse, gir ikke i alminnelighet adgang til revisjon av eldre dommer.⁴⁵

Gjenåpning etter § 392 første ledd forutsetter at domstolen finner at det er tilstrekkelig grunn til gjenåpning. Dette følger av lovens ordlyd «kan», som betyr at bestemmelsen skal håndheves skjønsmessig. Straffeprosesslovkomiteen har uttalt at «det avgjørende antas å burde være om det etter omstendighetene ville være støtende om dommen ble stående uendret».⁴⁶

I motsetning til hva som således kan utledes av § 392 første ledd, kan den som har klaget og fått medhold i et internasjonalt håndhevingsorgan, «kreve» gjenåpning etter straffeprosessloven § 391 nr. 2. Bestemmelsen gjelder utelukkende for den som har vært part i saken.⁴⁷ Det ble i forarbeidene diskutert om et slikt krav også burde gjelde for andre som er

⁴³ Andenæs (2009) side 579.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 70 (2000-2001) side 52, Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 52.

⁴⁵ NUT-1969-3 side 343.

⁴⁶ NUT-1969-3 side 343.

⁴⁷ Rt. 2003 s. 359 avsnitt 48.

domfelt på grunnlag av en rettsoppfatning eller saksbehandling som er funnet folkerettsstridig.⁴⁸ Departementet støttet seg på riksadvokatens syn om at dette ikke ville være noen god løsning. Det ble vist til at de internasjonale organene ofte har en dynamisk tolkningsstil, og at den stadige utviklingen av konvensjonsrettighetene ville kunne føre til et skred av gjenopptakelsesbegjæringer, store økonomiske og administrative konsekvenser, og svekkelse av respekten for rettskraftige dommer. Departementet fremholdt imidlertid at disse hensynene ikke gjorde seg gjeldende i samme grad for avgjørelser fra tiden etter en aktuell uttalelse fra et internasjonalt håndhevingsorgan. Det ville kunne virke uheldig om det ikke var adgang til å gjenåpne en sak som var blitt uriktig, fordi det var oversett uttalelser av betydning fra et internasjonalt håndhevingsorgan. Bestemmelsene i straffeprosessloven § 392 første og annet ledd ble ansett som mulige grunnlag for gjenåpning i slike tilfeller.

Det kan etter dette konstateres at straffeprosessloven § 392 første ledd etter sin ordlyd ikke gir et ubetinget krav på gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser. Selv om hovedvilkårene for gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser klart er oppfylt, vil gjenåpning måtte bero på domstolenes skjønnsmessige vurdering. Avgjørende er om det etter omstendighetene vil være «støtende» å la ankenektelsen bli stående. Forarbeidene kan imidlertid tale for at ubegrunnede ankenektelsene bør kunne kreves gjenåpnet, ettersom norske domstoler siden 1995 har oversett Komiteens praksis om begrunnelseskravet.⁴⁹

2.3 Rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel

2.3.1 Generelt

Spørsmålet er så om staten kan sies å være folkerettslig forpliktet til å tilby gjenåpning nasjonalt. Det er i denne forbindelse relevant å undersøke om bestemmelsene i EMK og SP om rett til effektivt nasjonalt rettsmiddel oppstiller plikter i denne retning.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 70 (2000-2001) avsnitt 5.3.3.

⁴⁹ Se oppgavens avsnitt 2.4.3.

Etter EMK artikkel 13 plikter staten å sikre at enhver har adgang til et «effective remedy» ved krenkelse av konvensjonens rettigheter:

«Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.»

SP inneholder en bestemmelse i artikkel 2 nr. 3 som i det vesentlige samsvarer med bestemmelsen i EMK artikkel 13:⁵⁰

«Each State Party to the present Covenant undertakes:

a. to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

b. to ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.»

⁵⁰ NOU 2001: 32 avsnitt 4.3.4, Nowak (2005) side 57 flg.

Begrepet «remedy» er i den norske oversettelsen av EMK oversatt til «prøvingsrett», og innebærer at en påstand om krenkelse må kunne prøves for et nasjonalt organ. Begrepet er i SP oversatt til «rettsmidler», uten at dette innebærer noen realitetsforskjell.

EMD har uttalt at formålet med retten til et effektivt nasjonalt rettsmiddel er å «... provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court».⁵¹ Dette innebærer at staten i tillegg til å respektere konvensjonsrettighetene, også må sikre dem for sine borgere gjennom tilgang til prøving ved nasjonale organer. Formålet med bestemmelsen er i tråd med subsidiaritetsprinsippet om at det er staten som har det primære ansvaret for å håndheve konvensjonsrettighetene.

2.3.2 Kravet om at det må foreligge krenkelse av konvensjonen

Selv om bestemmelsene taler om at konvensjonene må være krenket («violated»), er det lagt til grunn i EMDs praksis at en prosedabel påstand («an arguable claim») om dette er tilstrekkelig.⁵² Det kreves noe mer enn en blank påstand, men krenkelse behøver ikke å påvises med sikkerhet.⁵³ Komiteen har uttalt i samme retning at et krav må være «sufficiently well-founded to be arguable» for at bestemmelsen i SP skal komme til anvendelse.⁵⁴

Tolkningen innebærer at retten til «effective remedy» kan påberopes på et mer selvstendig grunnlag enn det man ellers kunne antatt ut i fra bestemmelsens ordlyd. Dette er viktig for realiseringen av bestemmelsens formål. Det kan ikke påvises konvensjonsbrudd overfor

⁵¹ Kudla mot Polen avsnitt 152.

⁵² Silver og andre mot Storbritannia avsnitt 113.

⁵³ Aall (2004) side 66.

⁵⁴ Faure mot Australia avsnitt 7.2.

nasjonale myndigheter dersom det ikke er adgang til å få dette prøvd.⁵⁵ Det ville også vært i strid med subsidiaritetsprinsippet om en klager måtte gå veien om konvensjonsorganene for å få krav på effektiv prøvingsrett for nasjonale myndigheter.⁵⁶

I *Boyle og Rice mot Storbritannia* uttalte EMD at spørsmålet om det foreligger en prosedabel påstand må sammenholdes med kravet om at en klage ikke må være «åpenbart ugrunnet» etter EMK artikkel 35 nr. 3. Retten uttalte at «it is difficult to conceive how a claim that is ‘manifestly ill-founded’ can nevertheless be ‘arguable’, and vice versa».⁵⁷

2.3.3 Kravet om prøvingsrett ved en nasjonal myndighet

Etter EMK artikkel 13 skal prøvingsrett være tilgjengelig ved en nasjonal myndighet («national authority»). Det er ikke avgjørende at påstanden kan prøves for en domstol eller et annet juridisk organ.⁵⁸ EMD har uttalt at det er «its powers and the guarantees which it affords» som er relevant.⁵⁹ Organet må med andre ord kunne *tilby* et effektivt rettsmiddel, og dette må være effektivt i praksis så vel som i nasjonal lovgivning.⁶⁰

Det følger tilsvarende av ordlyden i SP artikkel 2. nr. 3 b at prøvingsretten kan sikres ved alle myndigheter som er kompetent i henhold til statens rettsordning. Bestemmelsen pålegger imidlertid statene å utvikle muligheter for overprøving ved domstolene, og uttrykker således en preferanse for dette.⁶¹

⁵⁵ Klass og andre mot Tyskland avsnitt 64.

⁵⁶ Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 85.

⁵⁷ Boyle og Rice mot Storbritannia avsnitt 54.

⁵⁸ Golder mot Storbritannia avsnitt 33, Kudla mot Polen avsnitt 157.

⁵⁹ Kudla mot Polen avsnitt 157.

⁶⁰ Kudla mot Polen avsnitt 157.

⁶¹ NOU 2001: 32 avsnitt 4.3.2.

2.3.4 Kravet om effektivitet

Kravet om effektivitet innebærer etter EMDs praksis at det må foreligge et tilgjengelig og uavhengig nasjonalt prøvingsorgan som kan behandle substansen i den konvensjonsrelaterte klage, og om nødvendig yte tilstrekkelig beskyttelse eller oppreisning:

«Article 13 guarantees the availability of a remedy at national level to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order ... Its effect is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent 'national authority' both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief.»⁶²

Komiteen har uttalt seg i lignende ordelag:

«[I]n addition to effective protection of Covenant rights States parties must ensure that individuals also have accessible, effective and enforceable remedies to vindicate those rights.»⁶³

Hvorvidt et prøvingsorgan kan behandle substansen av en klage, vil bero på om det har tilstrekkelig prøvingskompetanse. Jørgen Aall har fremholdt at «kjernen i konvensjonsargumentet» må kunne prøves på grunnlag av nasjonale rettskilder.⁶⁴ I en sak om påstått krenkelse av EMK artikkel 8, må prøvingsorganet for det første kunne prøve om det foreligger et inngrep. Dersom inngrep kan konstateres, må prøvingsorganet kunne prøve om

⁶² Vilvarajah og andre mot Storbritannia avsnitt 122. Om uavhengighetskravet, se P.G. og J.H. mot Storbritannia avsnitt 87-88.

⁶³ Kazantzis mot Kypros avsnitt 6.6.

⁶⁴ Aall (2004) side 68.

inngrepet imøtekommer presserende sosiale behov, om det er proporsjonalt og om det er i samsvar med lov.⁶⁵

Retten til effektivt rettsmiddel avhenger ikke av at konvensjonen kan anvendes direkte, såfremt konvensjonsargumentet kan påberopes på et annet grunnlag. EMD har uttalt at «the application of Article 13 in a given case will depend upon the manner in which the Contracting State concerned has chosen to discharge its obligation under Article 1 directly to secure to anyone within its jurisdiction the rights and freedoms set out in section I».⁶⁶ Komiteen har i sine generelle kommentarer uttalt seg i lignende retning.⁶⁷

Kravet om at rettsmiddelet må kunne gi klageren oppreisning («relief»), innebærer at prøvingsorganet må ha kompetanse til å avgjøre saken med bindende virkning i samsvar med klagerens påstand.⁶⁸ Dette vil for eksempel ikke være tilfellet for nasjonale ombudsmannsorganer, fordi deres avgjørelser som oftest bare er av veiledende karakter. EMD har uttalt at effektivitetsvurderingen imidlertid ikke avhenger av «the certainty of a favorable outcome for the applicant».⁶⁹ Muligheten for å lykkes med en anførsel om krenkelse er således ikke et vurderingstema i relasjon til kravet om «effective remedy». Dette skiller seg fra kravet til effektivitet etter uttømmingsregelen.⁷⁰

Hvor strenge krav som stilles vil ellers bero på sakens art. I *Leander mot Sverige* gjorde spesielle hensyn seg gjeldende fordi saken gjaldt rikets sikkerhet. EMD uttalte at «an effective remedy under Article 13 must mean a remedy that is as effective as can be, having regard to the restricted scope for recourse inherent in any system of secret surveillance for

⁶⁵ Kjølbro (2010) side 879.

⁶⁶ Silver og andre mot Storbritannia avsnitt 113.

⁶⁷ General Comment No. 3 avsnitt 1.

⁶⁸ Soering mot Storbritannia avsnitt 119-124.

⁶⁹ Vilvarajah og andre mot Storbritannia avsnitt 122.

⁷⁰ Se oppgavens avsnitt 3.5.3.

the protection of national security».⁷¹ Avgjørelser i både EMD og Komiteen taler for at effektivitetskravet i motsetning må skjerpes ved påstand om krenkelse av konvensjonenes forbud mot tortur og nedverdiggende behandling.⁷²

Det er lagt til grunn i EMDs praksis at selv om et rettsmiddel ikke i seg selv er effektivt, vil summen av alle tilgjengelige rettsmidler kunne være tilstrekkelig. I *Leander-saken* forelå det fire rettsmidler som klageren kunne ha benyttet seg av som hver for seg ikke kunne anses som effektive. På tross av dette anså flertallet i EMD at rettsmidlene samlet sett var effektive. Mindretallet var ikke enig i at rettsmidlene kunne kumuleres, og uttalte at «even when combined, ineffective remedies cannot amount to an effective remedy where, as in the instant case, their respective shortcomings do not cancel each other out but are cumulative».⁷³ Også på dette punkt skiller effektivitetsvurderingen seg fra uttømmingsregelen. Plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler beror på om det enkelte rettsmiddel er effektivt i seg selv.⁷⁴

2.3.5 Om det kan utledes et krav til gjenåpning

EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 løser ikke spørsmålet om en påstand om krenkelse kan kreves realitetsbehandlet ved gjenåpning i nasjonale organer. EMD uttalte i storkammeravgjørelsen *Öneryildiz mot Tyrkia* at «the protection afforded by Article 13 does not go so far as to require any particular form of remedy, Contracting States being afforded a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision».⁷⁵ Det er således i utgangspunktet opp til nasjonale myndigheter å avgjøre hvilke internrettslige virkninger en

⁷¹ Avsnitt 84.

⁷² *Chahal mot Storbritannia*, *Rajapakse mot Sri Lanka*.

⁷³ Dissenterende votum Pettiti og Russo

⁷⁴ Aall (2004) side 71.

⁷⁵ Avsnitt 146.

konstatering av krenkelse skal få. Slike virkninger kan være bortfall av straff, erstatning og oppreisning så vel som gjenåpning.

Spørsmålet er om dette stiller seg annerledes dersom det foreligger en avgjørelser i et internasjonalt håndhevingsorgan som konstaterer brudd på konvensjonen. Etter EMK artikkel 46 plikter statene å rette seg etter EMDs endelige avgjørelser. Bestemmelsen gjelder bare i saker som staten er part i, men selv i slike tilfeller foreligger det ingen ubetinget rett til gjenåpning. EMD har således uttalt at «[t]he court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be utilized in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53». ⁷⁶ Europarådet har imidlertid uttalt i sine rekommandasjoner at gjenåpning i noen tilfeller vil være den mest effektive form for oppreisning:

«[T]he practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's judgments shows that in exceptional circumstances the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving restitutio in integrum.» ⁷⁷

Det foreligger ingen bestemmelser i SP som påbyr statene å etterleve Komiteens avgjørelser. I de tilfellene det konstateres brudd på konvensjonen uttaler Komiteen imidlertid ofte at:

«[B]y becoming a party to the Optional Protocol, the State party has recognised the competence of the Committee to determine whether there has been a violation of the Covenant or not, and that, pursuant to article 2 of the Covenant, the State party has undertaken to ensure to all individuals within its territory or subject to its

⁷⁶ Marckz mot Belgia avsnitt 58.

⁷⁷ Recommendation No. R (2000) 2.

jurisdiction the rights recognised in the Covenant and to provide an effective and enforceable remedy in case that a violation has been established ...»⁷⁸

At det ikke foreligger noen plikt til å tillate gjenåpning hvor håndhevingsorganene har konstatert brudd på konvensjonen, tilsier at det i utgangspunktet heller ikke kan foreligge noen plikt til å tillate gjenåpning av analoge saker. Dette spørsmålet kom på spissen i EMDs plenumsavgjørelse *Marckz mot Belgia*. Domstolen fant i denne saken at det etter belgisk rett ble gjort konvensjonsstridig forskjell på barn født i og utenfor ekteskap. Spørsmålet var så om staten pliktet å annullere eller oppheve tidligere nasjonale avgjørelser som var avgjort etter den konstitusjonsstridige lovgivningen. Staten påberopte at dette ville gripe sterkt inn i tredjepersoners rettigheter og plikter. EMD var enig i at det ikke kunne foreligge noen plikt til å gi avgjørelsen tilbakevirkende kraft, og viste til at det i mange år hadde vært lovlig og normalt å forskjellsbehandle utenomekteskapelige barn i flere av konvensjonsstatene. Anerkjennelsen av like rettigheter hadde tatt tid både i nasjonal- og internasjonal rett. EMD viste til at Kommisjonen senest i 1967 hadde nektet fremmet en lignende klage. Dette måtte få betydning for avgjørelsens virkning utenfor den konkrete sak:

«Having regard to all these circumstances, the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention as in Community law, dispenses the Belgian State from reopening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgement.»⁷⁹

Kommisjonens avvisningsavgjørelse i *J.R. mot Tyskland* gjaldt et lignende spørsmål. Den nasjonale konstitusjonsdomstolen hadde avgjort at deler av skattelovgivningen var i strid med den tyske konstitusjonen. Det ble samtidig bestemt at den aktuelle lovgivningen måtte gjelde inntil en ny lov kom på plass. Klageren anførte at det var i strid med EMK at konstitusjonsdomstolens avgjørelse ikke kunne gjøres gjeldende for ham med tilbakevirkende

⁷⁸ Lnenicka mot Tsjekia avsnitt 9.

⁷⁹ Avsnitt 58.

kraft. Kommisjonen la til grunn at prinsippet om «legal certainty» også måtte gjelde for det tilfellet at en lov ble kjent konstitusjonsstridig av nasjonale domstoler. Det måtte i henhold til dette prinsipp anses som rettmessig («objectively justified») å la den aktuelle loven gjelde i en overgangsperiode. Kommisjonen viste til at det var fastsatt overgangsordninger, samt at klageren ikke var hardt rammet som følge av den konstitusjonsstridige lovgivningen.

I avvisningsavgjørelsen *Walden mot Liechtenstein* anførte klageren at den nasjonale pensjonsordningen var kjønnsdiskriminerende, og at staten pliktet å annullere den aktuelle lovgivningen med tilbakevirkende kraft. Den nasjonale domstolen hadde i klagerens sak lagt til grunn at reglene var i strid med konstitusjonen, men var ikke villig til å annullere loven fordi det ville ta tid å vedta en ny lov. Videre ville annullering av loven kunne få uheldige virkninger for andre pensjonsberettigede. EMD fant også i denne saken at klagerens anførsel måtte avvises i henhold til prinsippet om «legal certainty». En endring av pensjonsordningen ville kreve en omfattende reform, og staten måtte derfor være berettiget til å la den konstitusjonsstridige loven gjelde i en overgangsperiode.⁸⁰

Selv om rettskildebildet ikke er helt klart, åpner de konvensjonsrettslige kildene etter mitt syn for at et krav om gjenåpning kan bygges på konvensjonen dersom tre vilkår foreligger. Gjenåpning må for det første være det mest effektive virkemiddel for å sikre oppreisning. For det andre må ikke andre vektige samfunnsmessige hensyn, eller tredjepersoners rettigheter og plikter tale imot. Det må for det tredje oppstilles et krav om at krenkelsen gjelder en rettighet som var klart etablert forut for den den avgjørelsen som det er snakk om å gjenåpne.

⁸⁰ Avsnitt 1.

2.4 To sentrale høyesterettsavgjørelser

2.4.1 Generelt

Det vil i dette avsnitt redegjøres for to sentrale høyesterettsavgjørelser om gjenåpning ved endret tolkning av folkerettslige tekster. Storkammerdommen i Rt. 2010 s. 1170 utgjør som nevnt grunnlaget for denne oppgaven. Høyesterett bygget imidlertid sin avgjørelse på en sammenligning med plenumskjennelsen i Rt. 2003 s. 359. Det vil av denne grunn redegjøres for hovedpunktene også i denne kjennelsen.

2.4.2 Rt. 2003 s. 359

Plenumskjennelsen i Rt. 2003 s. 359 gjaldt begjæring om gjenåpning av en straffesak fremmet og pådømt etter ileggelse av forhøyet tilleggsskatt for samme forhold. Domfelte anførte at han hadde krav på gjenåpning etter straffeprosessloven § 392 første ledd, under henvisning til at Høyesterett i Rt. 2002 s. 557 hadde endret sin forståelse av forbudet mot dobbeltstraff i EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1.

Høyesterett fant at et krav om gjenåpning ikke kunne bygges på EMK eller andre menneskerettskonvensjoner. Bestemmelsen i EMK artikkel 1 kunne ikke anses å gi grunnlag for en plikt til gjenopptakelse. Når det gjaldt retten til effektive rettsmidler i EMK artikkel 13, viste Høyesterett til at domfelte hadde hatt mulighet til å få prøvd spørsmålet om krenkelse i tre instanser, og at han heller ikke hadde brakt sin sak inn for EMD innen klagefristen på 6 måneder.⁸¹ Spørsmålet om gjenåpning måtte dermed bero på straffeprosessloven § 392 første ledd.

I spørsmålet om saken burde gjenåpnes, la Høyesterett vekt på at det ved behandlingen av straffesaken mot den domfelte, ikke forelå noen avgjørelse fra EMD hvor domstolen hadde

⁸¹ Avsnitt 69, 70 og 99.

tatt standpunkt til om den norske ordningen med tilleggsskatt og strafferettslig forføyning var konvensjonsstridig. Rettsoppfatningen som ble uttalt i Rt. 2002 s. 557, måtte anses som et resultat av en senere rettsutvikling nasjonalt og internasjonalt.⁸² Den situasjon som departementet hadde for øye ved utformingen av straffeprosessloven § 391 nr. 2 forelå således ikke.⁸³ Hensynet til innrettelse og rettssystemets effektivitet gjorde seg dermed gjeldende med styrke.⁸⁴ Det ble videre vist til at også EMD har vektlagt tilsvarende hensyn under henvisning til «the principle of legal certainty».⁸⁵ I en slik situasjon, mente Høyesterett at det ville være urimelig å la dagens rettsoppfatning få tilbakevirkende kraft. Alle aktører hadde hatt rimelig grunn til å tro at man forholdt seg til gjeldende regler.⁸⁶ Vektige reelle hensyn talte mot gjenåpning, og det kunne ikke anses som støtende å la dommen bli stående.⁸⁷

Denne avgjørelsen taler etter mitt syn for at det under visse omstendigheter vil kunne foreligge et krav på gjenåpning etter straffeprosessloven § 392 første ledd. Avgjørende må være om det ved behandlingen av den domfelte sak, forelå en avgjørelse i et internasjonalt organ hvor det er tatt stilling til det omtvistede spørsmål.

⁸² Avsnitt 85 flg.

⁸³ Se oppgavens avsnitt 2.2.

⁸⁴ Avsnitt 80.

⁸⁵ Høyesterett fremholdt i denne forbindelse at EMDs avgjørelser om «legal certainty» gjaldt «saker som har vært under behandling, men som ikke har fått sin endelige avgjørelse – i det minste på den måten at klagesaken for EMD ikke har vært endelig avgjort», og at dette var en helt annen situasjon enn ved spørsmål om gjenåpning av saker som var avsluttet ved rettskraftige domstolsavgjørelser, se avsnitt 75. EMDs uttalelser i *Marcx mot Belgia* begrenset seg imidlertid ikke til spørsmål om tilbakevirkning av rettigheter hvor klageadgangen stod åpen, slik jeg tolker denne avgjørelsen, se oppgavens avsnitt 2.3.5. Det avgrenses mot en videre behandling av denne problemstillingen.

⁸⁶ Avsnitt 93

⁸⁷ Avsnitt 93-97.

2.4.3 Rt. 2010 s. 1170

Høyesterett kom til motsatt resultat i Rt. 2010 s. 1170. Saken gjaldt en domfellelse fra 2006 for grovt bedrageri og motarbeiding av rettsvesenet.⁸⁸ Anken over domfellelsen for grovt bedrageri var blitt nektet fremmet av lagmannsretten etter straffeprosessloven § 321 annet ledd, og kjæremål til Høyesterett var senere blitt forkastet.⁸⁹ Etter storkammeravgjørelsen om begrunnelsesplikt, fremsatte domfelte begjæring om gjenåpning til Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker. Det ble gjort gjeldende at domfelte hadde vært utsatt for menneskerettsbrudd ved at han ikke hadde fått noen begrunnelse for lagmannsrettens anke-nektelse.

Gjenopptakelseskommisjonen avsto saken etter straffeprosessloven § 392 første ledd, hvor-etter det «kan» besluttes gjenåpning i tilfeller hvor Høyesterett har fraveket en lovtolking som tidligere er lagt til grunn, og som avgjørelsen bygger på.⁹⁰ Kommisjonen viste til plenumskjennelsen i Rt. 2003 s. 359, hvor det ble lagt vekt på at den endrede oppfatningen av forbudet mot dobbelforfølgning, ikke hadde vært avklart før retningsskiftet.⁹¹ Avgjørelsene i Restauratørsaken og Rt. 2008 s. 1764 var etter Kommisjonens oppfatning et resultat av en tilsvarende dynamisk rettsutvikling. Kravet til begrunnelse kunne ikke anses å ha vært avklart før ved avgjørelsen i Restauratørsaken, og konklusjonen måtte da bli den samme som i plenumskjennelsen fra 2003.

Domfelte reise forgjeves sak for tingretten med krav om at Kommisjonens avslag på begjæringen måtte kjennes ugyldig.⁹² Anke over tingrettens rettsanvendelse ble tillat direkte fremmet til Høyesterett i storkammer.⁹³

⁸⁸ Oslo tingretts dom av 8. november 2006.

⁸⁹ Borgarting lagmannsretts beslutning av 26. februar 2007, HR-2007-967-U.

⁹⁰ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker, avgjørelse av 20. august 2009.

⁹¹ Se oppgavens avsnitt 2.4.2.

⁹² Oslo tingretts dom av 16. april 2010.

⁹³ HR-2010-1096-U.

Høyesterett var ikke enig med Kommisjonen i at avgjørelsene i Restauratørsaken og Rt. 2008 s. 1764 var et resultat av en senere internasjonal og nasjonal utvikling. Begrunnel- seskravet kunne ikke utledes av ordlyden i SP artikkel 14 nr. 5, men ble ansett å følge av veletablert praksis. Høyesterett pekte på at Komiteen i Restauratørsaken viste til avgjørel- ser helt tilbake til 1995 som statuerte begrunnelsesplikten.⁹⁴

Selv om retten kunne konstatere at saksbehandlingen den gang var i strid med begrunnel- seskravet, ga ikke dette i seg selv uten videre krav på gjenåpning. Høyesterett viste til ple- numskjennelsen i 2003 hvor det ble lagt til grunn at dette verken følger av straffeprosesslo- vens bestemmelser om gjenåpning, eller av reglene i EMK og SP. Spørsmålet om gjenåp- ning måtte etter Høyesteretts mening vurderes etter straffeprosessloven § 392 første ledd. Grunnvilkåret om at Høyesterett har fraveket en lovtolkning, som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på, var oppfylt. Avgjørende var om det etter en skjønns- messig vurdering sett i sammenheng med forpliktelsene i SP artikkel 2 nr. 3a, var tilstrek- kelig grunn til gjenåpning.

I vurderingen av hvorvidt gjenåpning skulle vært tatt til følge, la Høyesterett utslagsgiven- de vekt på at den internasjonale klageretten fortsatt stod åpen for tiltalte, i motsetning til hva den gjorde i plenumskjennelsen fra 2003.⁹⁵ Det var for Høyesterett «utvilsomt» at domfeltes sak ville blitt tatt under behandling ved Komiteen.⁹⁶ Klageordningens subsidiære karakter, måtte etter rettens mening innebære at det forelå et krav på gjenåpning uten at det skulle være nødvendig å gå veien om konvensjonsorganene: «Å kreve at [domfelte] går veien om klage til FNs menneskerettskomité – som vil måtte føre frem – for så å ha krav på å få nektelsesbeslutningen gjenåpnet etter straffeprosessloven § 391 nr. 2 b, vil[le] ... ikke

⁹⁴ Avsnitt 62.

⁹⁵ Avsnitt 66 og 72.

⁹⁶ Avsnitt 84.

være i samsvar med systemet etter SP».⁹⁷ Ettersom den domfeltes sak stod likt som i Restauratørsaken, var det eneste effektive rettsmiddelet for å bøte på dette, at saken måtte gjenåpnes.

Høyesterett gikk så videre til å drøfte hva som ligger i vilkårene for klageadgang til Komiteen. Uttalelsene kan ikke sies å ha hatt betydning for avgjørelsen i den konkrete sak, ettersom den ankende part ikke selv var omfattet av disse begrensningene. Retten fant som nevnt at domfeltes klage «utvilsomt» ville sluppet inn for Komiteen. At Høyesterett gikk nærmere inn i denne drøftelsen, må etter mitt syn ses på bakgrunn av at man ønsket å legge føringer for håndteringen av fremtidige saker.⁹⁸

Et grunnleggende vilkår for å klage til håndhevingsorganene i både EMK og SP er at alle nasjonale rettsmidler er uttømt. Avgjørende måtte etter rettens mening være om «rettsmidlet har gitt staten en reell mulighet til å hindre eller reparere krenkelsen».⁹⁹ Lagmannsrettens beslutning om å nekte en anke fremmet kunne ankes til Høyesteretts ankeutvalg på grunn av feil ved saksbehandlingen etter straffeprosessloven § 321 sjette ledd. Høyesterett pekte på at denne ankeadgangen var blitt benyttet i stor grad opp gjennom årene, også under henvisning til at det ikke har vært gitt begrunnelse. Høyesteretts kjæremålsutvalg, senere ankeutvalget, har imidlertid gjort det klart at begrunnelsesplikt bare inntreffer ved «ekstraordinære omstendigheter».¹⁰⁰ Høyesterett fant til tross for dette at ankeadgangen hadde vært tilstrekkelig effektiv. Dette ble begrunnet i at man kunne ha påberopt seg den praksis som avgjørelsen i Restauratørsaken bygget på.¹⁰¹ For de som ikke hadde benyttet ankeadgangen innen ankefristen, måtte derfor klage til Komiteen - og dermed gjenåpningsadgangen - etter Høyesteretts mening være avskåret.

⁹⁷ Avsnitt 85.

⁹⁸ Avsnitt 80 og 88.

⁹⁹ Avsnitt 77.

¹⁰⁰ Avsnitt 78.

¹⁰¹ Avsnitt 79 og 80.

Høyesterett anerkjente med dette at et rettsmiddel må være effektivt før det kan kreves uttømt. Dette er i samsvar med de internasjonale håndhevingsorganenes tolkning av uttømmingsregelen.¹⁰² Det er imidlertid etter min mening uklart om Høyesterett viste til den effektivitetsvurdering som følger av retten til effektive rettsmidler i SP artikkel 2 nr. 3a, eller den som må vurderes etter uttømmingsregelen i SP artikkel 2 i den valgfrie protokollen.¹⁰³ Ettersom reglene regulerer to forskjellige forhold, vil vurderingen kunne slå ulikt ut i den konkrete sak.¹⁰⁴

En særlig viktig forskjell er at flere rettsmidler samlet sett kan anses som effektive etter SP artikkel 2 nr. 3a, mens rettsmidlene må vurderes hver for seg etter uttømmingsregelen.¹⁰⁵ Det ligger også en viktig forskjell i at SP artikkel 2 nr. 3a begrenser seg til en vurdering av om det forelå tilgjengelige og kompetente prøvingsorganer, mens uttømmingsregelen i tillegg krever at et rettsmiddel må ha hatt en viss utsikt til å lykkes.¹⁰⁶ Det kan se ut som om Høyesterett har tatt utgangspunkt i førstnevnte vurdering. Retten nøyde seg således med å vise til at ankeadgangen hadde vært tilgjengelig ved at beslutninger om å nekte en anke fremmet kunne ankes i henhold til straffeprosessloven § 321 sjette ledd. Henvisningen til at praksis fra Komiteen kunne ha vært påberopt, kan dog tale for at Høyesterett til en viss grad har vurdert mulighetene for å lykkes ved anke. Det er imidlertid ikke begrunnet nærmere hvorfor retten eventuelt mente at rettsmiddelet var effektivt i denne forstand.

Høyesterett uttalte videre at klage- og gjenåpningsadgangen heller ikke kunne gjelde for de som hadde anket over andre forhold enn det som i vid utstrekning kunne anses å gjelde

¹⁰² Se oppgavens avsnitt 3.5.3.

¹⁰³ Se oppgavens avsnitt 2.3.4 og 3.5.3.

¹⁰⁴ Bårdsen (1999) side 338.

¹⁰⁵ Se oppgavens avsnitt 2.3.4.

¹⁰⁶ Se oppgavens avsnitt 2.3.4 og 3.5.3.

manglende reell overprøving eller begrunnelse.¹⁰⁷ Dette er i samsvar med håndhevingsorganenes praktisering av uttømmingsregelen. Som den senere redegjørelse vil vise, kreves det også i konvensjonspraksis at klageren i tilstrekkelig grad har konkretisert påstanden om krenkelse for nasjonale prøvingsorganer.¹⁰⁸

2.5 Sammenfatning

Det kan etter dette legges til grunn at straffeprosessloven § 392 første ledd ikke gir grunnlag for et ubetinget krav om gjenåpning slik som i § 391 nr. 2. De hensyn som ble lagt til grunn for at analoge saker ble holdt utenfor ved utformingen av straffeprosessloven § 391 nr. 2, slår imidlertid ikke til i like stor grad i spørsmålet om gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser. Det ble som nevnt lagt til grunn i forarbeidene at hensynene mot gjenåpning hadde begrenset vekt i den situasjon at norske domstoler har oversett uttalelser av betydning fra et internasjonalt håndhevingsorgan.¹⁰⁹ Forarbeidene kan således sies å tale for at ubegrunnede ankenektelser bør kunne kreves gjenåpnet.

Det kan i utgangspunktet heller ikke utledes av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3a at konvensjonsstatene er forpliktet til å tilby gjenåpning nasjonalt. Bestemmelsene statuerer imidlertid en plikt til oppreisning dersom det konstateres krenkelse av konvensjonen. Det kan argumenteres for at gjenåpning vil være det mest effektive virkemiddel for å sikre slik oppreisning.

Den gjennomgåtte praksis fra konvensjonsorganene, viser at det også må settes grenser for tilbakevirkning ved konstatering av krenkelse. Etter min mening gir dette imidlertid ikke grunnlag for å legge til grunn en absolutt regel. De nevnte avgjørelser gjaldt spørsmål om tilbakevirkning av enkeltavgjørelser som hadde vært rettsskapende på grunn av samfunns-

¹⁰⁷ Avsnitt 80.

¹⁰⁸ Se oppgavens avsnitt 3.4.

¹⁰⁹ Se oppgavens avsnitt 2.2.

utviklingen.¹¹⁰ Krav om tilbakevirkning ble følgelig bare utelukket hvor den påståtte krenkelsen hadde skjedd forut for («antedate») avgjørelsen som konstaterte krenkelse av konvensjonen. Det kan derfor anføres at det også etter EMK, må trekkes et skille mellom tilbakevirkning av rettigheter som har utviklet seg i praksis, og tilbakevirkning hvor et nasjonalt organ har oversett relevant praksis i de internasjonale håndhevingsorganene. At tilbakevirkning ikke ble krevd i de nevnte avgjørelsene, må ytterligere ses på bakgrunn av at dette kunne få uheldig og inngripende betydning for samfunnet og tredjepersoners rettigheter og plikter.

Det er etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 1170, endelig fastslått at det kan kreves gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser. At Høyesterett kom til et annet resultat enn i Rt. 2003 s. 359, må etter min oppfatning ses på bakgrunn av det skillet som ble lagt til grunn i forarbeidene, og den forskjell som lå i at klageadgangen fortsatt stod åpen i 2010-saken. Spørsmålet er så om Høyesterett har trukket opp en for snever grense for hvilke saker som det nå er grunnlag for å begjære gjenåpnet. Dette bringer oss tilbake til oppgavens hovedproblemstilling, som er om Høyesteretts anvendelse av uttømmingsregelen er i tråd med praksis i de internasjonale håndhevingsorganene. Dette er tema i oppgavens neste kapittel.

¹¹⁰ Som anført av ankende part i Rt. 2003 s. 359 avsnitt 21.

3 Kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler

3.1 Problemstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er om Høyesteretts anvendelse av uttømmingsregelen er i tråd med praksis i konvensjonsorganene. Dette fordrer en nærmere redegjørelse for konvensjonsorganenes anvendelse av uttømmingsregelen. I tillegg til en generell redegjørelse for regelens anvendelse, er det nødvendig å si noe om hvilke rettsmidler som er omfattet, og deretter i hvilken utstrekning slike rettsmidler må uttømmes. Dette vil bli kort gjennomgått i avsnittene 3.2, 3.3 og 3.4.

Det som i dette kapittel skal undersøkes, er først og fremst hvilke krav som stilles i praksis for at et rettsmiddel må uttømmes (avsnitt 3.5). De krav som på denne bakgrunn må oppstilles, vil være avgjørende i spørsmålet om Høyesterett hadde grunnlag for å oppstille krav om uttømming av nasjonale rettsmidler som vilkår for gjenåpning av ubegrunnede anke- nektelser.

3.2 Generelt

Etter EMK artikkel 35 nr. 1 kan Menneskerettsdomstolen bare behandle en sak etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt:

«The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law ...»

Tilsvarende følger det av SP artikkel 2 i den valgfrie protokollen at den individuelle klageretten til Menneskerettskomiteen forutsetter at klageren har uttømt alle tilgjengelige rettsmidler, og etter artikkel 5 nr. 2 bokstav b og 41 (1) bokstav c (konvensjonen) er dette en prosessforutsetning for å få behandlet klagen:

«Subject to the provisions of Article 1, individuals who claim that any of their rights enumerated in the Covenant have been violated and who have exhausted all available domestic remedies may submit a written communication to the Committee for consideration.»¹¹¹

Det følger av dette at et påstått brudd på EMK eller SP ikke kan realitetsbehandles av de internasjonale håndhevingsorganene før klageren har søkt reparasjon ved uttømming av rettsmidler i den påstått ansvarlige stat.¹¹² Både EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 forutsetter at slike rettsmidler skal være tilgjengelige ved nasjonale myndigheter. EMD uttalte i *Kudla mot Polen* at «[t]he rule in Article 35 § 1 is based on the assumption, reflected in Article 13 (with which it has a close affinity), that there is an effective domestic remedy available in respect of the alleged breach of an individual's Convention rights».¹¹³

Plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler etter EMK og SP er i samsvar med det allmenne folkerettslige prosessprinsippet omtalt som «the local remedies rule».¹¹⁴ Bestemmelsene i EMK artikkel 35 nr. 1 og SP artikkel 41 (1) bokstav c, henviser følgelig til at uttømmingsregelen skal praktiseres i samsvar med «generally recognised rules [principles] of international law».

EMD har uttalt at hovedformålet med uttømmingsregelen er å gi konvensjonsstatene «the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them».¹¹⁵ Dette er i

¹¹¹ I henhold til SP artikkel 41 nr. 1 bokstav c gjelder ikke uttømmingsregelen dersom «the application of the remedies is unreasonably prolonged». Det avgrenses mot en behandling av dette vilkår.

¹¹² Bårdsen (1999) side 307.

¹¹³ Avsnitt 152.

¹¹⁴ Bårdsen (1999) side 307.

¹¹⁵ Hentrich mot Frankrike avsnitt 33.

samsvar med subsidiaritetsprinsippet om at det primært tilligger statene å håndheve vernet etter konvensjonene.¹¹⁶

Det må videre antas at et formål med uttømmingsregelen er å ivareta hensynet til statenes suverenitet.¹¹⁷ Innføringen av klageordningene forutsatte at nasjonalstatene måtte redusere sin lovgivningssuverenitet og at domstolene måtte underordne seg rettsinstanser på overnasjonalt nivå. Uttømmingsregelen skaper et rimelig kompromiss mellom statenes suverenitet og individenes og det internasjonale samfunns interesse i å kunne håndheve konvensjonens bestemmelser, og var formodentlig en viktig forutsetning for politisk aksept av klagesystemet.¹¹⁸

Et annet formål med uttømmingsregelen er å fordele arbeidsmengden mellom konvensjonsorganene og de nasjonale håndhevingsorganene.¹¹⁹ Særlig EMDs arbeidsbyrde øker stadig, noe som har medført lang ventetid og stort etterslep av saksbehandlingen i domstolen.¹²⁰ Uttømmingsregelen legger til rette for at statene kan ta sin del av arbeidet gjennom å sikre rettighetene i EMK og SP ved behandling av saker i nasjonale organer.

3.3 Rettsmiddelbegrepet

Uttømmingsregelen i EMK og SP kommer til anvendelse overfor nasjonale rettsmidler («domestic remedies»). Uttømmingsplikten må følgelig begrenses til de rettsmidler som tilbys i statens organer, herunder «de organer som har kompetanse til å utøve myndighet på vegne av staten, og som utleder denne direkte eller indirekte fra statens konstitusjon».¹²¹

¹¹⁶ Bårdsen (1999) side 309.

¹¹⁷ Möller (2009) side 111-112.

¹¹⁸ Bårdsen (1999) side 309-310.

¹¹⁹ Bårdsen (1999) side 310.

¹²⁰ Backer (2009) side 278, Annual report 2011 side 153.

¹²¹ Bårdsen (1999) side 318-319.

Dette må ses i sammenheng med at det er statens organer som plikter å stille rettsmidler til rådighet etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 b.

Begrepet «remedy» er i Kommisjonens praksis forstått som «means of redressing the wrongs for which, on the international plane, The Respondent State is alleged to be responsible».¹²² Uttømmingsregelen omfatter alle statlige rettsmidler som er egnet til å gi tilstrekkelig rettsbeskyttelse, inkludert for eksempel administrative organer:

«[T]he general recognised rules of international law required the Applicant to exhaust not merely the remedies in the ordinary Courts but the whole system of legal remedies available in the Republic.»¹²³

Dette er også i samsvar med SP artikkel 2 nr. 3 a og b som bestemmer at prøvingsretten kan sikres ved «competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State».

I et av utkastene til EMK artikkel 35 nr. 1 het det at «legal remedies» måtte uttømmes før en kunne klage.¹²⁴ En slik presisering er også lagt til grunn i håndhevingsorganenes praksis, og i juridisk teori.¹²⁵ Det har ut i fra dette blitt oppstilt en rekke krav som i all hovedsak samsvarer med de krav som stilles til nasjonale rettsmidler etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2. nr. 3.¹²⁶

¹²² Nielsen mot Danmark side 38.

¹²³ Lawless mot Irland side 37.

¹²⁴ Travaux Préparatoires vol. IV side 68.

¹²⁵ Cremiaux mot Frankrike side 80, R.T. mot Frankrike avsnitt 7.4, Bårdsen (1999) side 324.

¹²⁶ Se oppgavens avsnitt 2.3.3 og 2.3.4.

Prøvingsorganet må for det første ha tilstrekkelig kompetanse til å behandle den konvensjonsrelaterte klage.¹²⁷ Det må videre bygge sin kompetanse og sine avgjørelser på rettsregler, og prøvingen må være uavhengig og upartisk.¹²⁸ Til slutt kan nevnes at prøvingsorganet må kunne treffe bindende avgjørelser.¹²⁹

Det er i teorien flere som har hevdet at ekstraordinære rettsmidler ikke omfattes av uttømmingsregelen.¹³⁰ Dette vil ofte også bli resultatet i håndhevingsorganenes praksis. Eksempelvis vil som hovedregel ikke gjenåpning omfattes, fordi tilgang til et slikt rettsmiddel krever at spesielle vilkår er oppfylt.¹³¹ Det fremgår imidlertid av praksis at det er realiteten, og ikke den nasjonale karakteristikken av rettsmiddelet som er avgjørende.¹³²

3.4 Klagerens plikter

Kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler, medfører for klagerens del plikter både med hensyn til hvordan og i hvilken utstrekning et rettsmiddel må uttømmes. Når det gjelder fremgangsmåten, har håndhevingsorganene uttalt at klagen må ha vært fremmet *i substans* for nasjonale myndigheter, og i overensstemmelse med formelle krav og frister i den nasjonale lovgivning.¹³³

I hvilke tilfeller en klage kan sies å ha vært fremmet i substans for nasjonale myndigheter er et identitetsspørsmål. Dette betyr at klagen må angå det samme faktiske forhold som har

¹²⁷ Civet mot Frankrike avsnitt 43.

¹²⁸ Lawless mot Irland side 39, Belevitsky mot Russland avsnitt 59, Melnik mot Ukraina avsnitt 69.

¹²⁹ Lethinen mot Finland.

¹³⁰ Zwart (1994) side 194, Danelius (1969) side 239, Kjølbro (2010) side 116.

¹³¹ X. mot Sverige.

¹³² Østerrike mot Italia.

¹³³ Ankerl mot Sveits avsnitt 34, Triboulet mot Frankrike avsnitt 6.2.

vært gjenstand for søksmål for de nasjonale instanser, «hensett til tid, sted og typisitet».¹³⁴ Det påklagede forhold må videre i tilstrekkelig grad ha blitt konkretisert for nasjonale prøvingsorganer.¹³⁵ Det overordnede vurderingstemaet er om staten har hatt en reell mulighet til å reparere den påståtte krenkelse.¹³⁶

Det må i tillegg kreves at klageren har underbygget sin sak med tilgjengelige bevis og tilstrekkelig rettslig argumentasjon.¹³⁷ Det er i utgangspunktet ikke et krav at klageren har påberopt riktig konvensjonsbestemmelse, eller at konvensjonen er påberopt direkte.¹³⁸ Det avgjørende er om det er vist til konvensjonen eller «arguments to the same effect».¹³⁹ Dersom det ikke finnes anvendelige nasjonale regler som korresponderer med konvensjonen, må det dog trolig kreves at konvensjonen er påberopt.¹⁴⁰

Nasjonale rettsmidler må uttømmes i den utstrekning det finnes rettsmidler til rådighet i nasjonal rett. Dette krav må sies å ligge i ordlyden «uttømt», og innebærer at spørsmålet om krenkelse må ankes helt til topps i det nasjonale rettssystem.¹⁴¹ For norske borgeres vedkommende vil dette innebære at man må ha anket eller påkjært sin sak til Høyesterett. En klager plikter imidlertid ikke å uttømme alle alternative rettsmidler som er tilgjengelige. I *Jelicic mot Bosnia-Hercegovina* uttalte EMD at «when a remedy has been pursued, use of another remedy which has essentially the same objective is not required».¹⁴²

¹³⁴ Guzzardi mot Italia avsnitt 72, Bårdsen (1999) side 366.

¹³⁵ Schlumpf mot Frankrike side 84.

¹³⁶ Ankerl mot Sveits avsnitt 34.

¹³⁷ M. mot Frankrike side 235, Van Oosterwijk mot Belgia avsnitt 33-34.

¹³⁸ Fressoz og Roire mot Frankrike avsnitt 37-39, Sidiropoulos og andre mot Hellas avsnitt 27, Triboulet mot Frankrike avsnitt 6.2.

¹³⁹ Van Oosterwijk mot Belgia avsnitt 39.

¹⁴⁰ Van Oosterwijk mot Belgia avsnitt 33.

¹⁴¹ Zwart (1994) side 206.

¹⁴² Avsnitt 3.

En klager plikter ikke å overholde de nevnte krav dersom det aktuelle rettsmiddel ikke tilfredstilte de kriterier som vil gjennomgå i oppgavens avsnitt 3.5.¹⁴³ Uttømmingsregelen tolkes i slike tilfeller innskrenkende.¹⁴⁴

3.5 Krav som stilles for at nasjonale rettsmidler må uttømmes

3.5.1 Generelt

Håndhevingsorganene i EMK og SP har oppstilt flere krav som må være oppfylt før et nasjonalt rettsmiddel kan kreves uttømt. I *Nielsen mot Danmark* uttalte Kommisjonen således:

«The rules governing the exhaustion of domestic remedies, as these are generally recognized today, in principle require that recourse should be had to all legal remedies available under the local law which are in principle capable of providing an effective and sufficient means of redressing the wrongs for which, on the international plane, the respondent State is alleged to be responsible.»¹⁴⁵

Uttømmingsregelen omfatter således bare rettsmidler som er «available», «effective» og «sufficient».¹⁴⁶ Vilkårene må være oppfylt i teorien så vel som i nasjonalstatenes praksis:

¹⁴³ Akdivar og andre mot Tyrkia avsnitt 67.

¹⁴⁴ Emberland (2005).

¹⁴⁵ Side 38.

¹⁴⁶ Dette er også lagt til grunn av EMD i storkammer, se *Nada mot Sveits* avsnitt 141. Det er særlig effektivitetskriteriet som er relevant for denne oppgavens problemstilling, se oppgavens avsnitt 4.4. Dette kriteriet vil derfor behandles mer inngående enn de øvrige.

«The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness.»¹⁴⁷

I Bårdsens og Kjølbro's fremstillinger, er tilgjengelighets- og tilstrekkelighetskravet fremstilt som underkriterier i en overordnet vurdering av om rettsmiddelet er effektivt.¹⁴⁸ Zwart fremstiller på sin side de tre kriteriene som selvstendige vilkår.¹⁴⁹ Terminologien i håndhevingsorganenes praksis er heller ikke konsistent, og kriteriene omtales ofte om hverandre i samme vurdering. Selv om det av denne grunn ikke kan trekkes et skarpt skille mellom de ulike vurderingene, vil de tre kriteriene bli forsøkt behandlet hver for seg i denne oppgaven. Uavhengig av hvilken terminologi som brukes, viser konvensjonspraksis at innholdet i alle de tre kriteriene må være oppfylt for at et rettsmiddel skal omfattes av regelen.

Konvensjonsorganene har lagt til grunn at det er den innklagede stat som har bevisbyrden i spørsmålet om et rettsmiddel oppfyller kravene til tilgjengelighet, effektivitet og tilstrekkelighet.¹⁵⁰ Dersom staten oppfyller denne plikten, påligger det klageren å bevise at rettsmidlene faktisk er uttømt, at rettsmidlene ikke var effektive i den konkrete sak, eller at det forelå såkalte unnskyldningsgrunner.¹⁵¹

3.5.2 Tilgjengelighetskravet

Kravet om tilgjengelighet innebærer for det første at staten må godtgjøre at det eksisterer et rettsmiddel i nasjonal rett. Hva som ligger i dette var tema i EMDs plenumsavgjørelse

¹⁴⁷ De Jong, Baljet og Van den Brink mot Nederland avsnitt 39.

¹⁴⁸ Bårdsen (1999) side 337-338, Kjølbro (2010) side 115 flg.

¹⁴⁹ Zwart (1994) side 187 flg.

¹⁵⁰ De Jong, Baljet og Van Den Brink mot Nederland avsnitt 39, C.F., M.L. og J.-L.L. mot Canada avsnitt 6.2.

¹⁵¹ Akdivar og andre mot Tyrkia avsnitt 68. Om unnskyldningsgrunnene vises det til oppgavens avsnitt 3.5.5.

Campbell og Fell mot Storbritannia. Saken gjaldt spørsmål om hvorvidt det var i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 å nekte to fanger besøksrett i fengselet. Staten anførte at saken måtte avvises ettersom klagerne ikke hadde tatt fengselsmyndighetenes avgjørelse til «judicial review», og dermed ikke hadde uttømt alle nasjonale rettsmidler. Det var imidlertid ikke avgjort i engelsk rett om slike avgjørelser kunne bringes inn for «judicial review» på tidspunktet hvor dette kunne ha vært aktuelt for klagerne. EMD uttalte at «[t]he existence of a remedy must be *sufficiently certain* before there can be an obligation to exhaust it» (min utheving), og at klagen derfor ikke kunne avvises på dette grunnlag.¹⁵²

EMD har videre uttalt at rettsmidlene må eksistere ikke bare i teorien, men også i praksis.¹⁵³ Saken gjaldt tre vernepliktige belgiske statsborgere som hadde nektet ordre av samvittighetsgrunner, og som hevdet at arresteringen av dem var i strid med EMK artikkel 5. Staten anførte at klagerne kunne ha reist søksmål om erstatning for urettmessig frihetsberøvelse, og at de dermed ikke hadde uttømt alle nasjonale rettsmidler. EMD var ikke enig i at saken måtte avvises, og pekte på at staten ikke kunne vise til en eneste erstatningssak grunnet i urettmessig frihetsberøvelse. Det ble uttalt om dette at «[t]he absence of case law ... indicate the present uncertainty of this remedy in practical terms».¹⁵⁴

Også Komiteen har presisert at staten må godtgjøre at aktuelle rettsmidler er tilgjengelige i praksis. I en sak mot Canada uttalte Komiteen således at «remedies the availability of which is not reasonably evident cannot be invoked by the Government».¹⁵⁵

En sak mot Belgia illustrerer at det ikke er nok at et rettsmiddel er virksomt i praksis.¹⁵⁶ Klageren må i tillegg ha konkret adgang til å anvende dette. Saken gjaldt en mann som var

¹⁵² Avsnitt 61.

¹⁵³ De Jong, Baljet og Van den Brink mot Nederland avsnitt 39.

¹⁵⁴ Avsnitt 39.

¹⁵⁵ C.F., M.L. og J.-L.L. mot Canada avsnitt 10.1.

blitt fratatt sin advokatbevilling. Klageren hadde ved flere anledninger søkt om å få bevillingen tilbake, men var blitt avvist hver gang. I saken for Kommissjonen, anførte staten at klageren ikke hadde uttømt alle nasjonale rettsmidler. Riksadvokaten eller Justisministeren kunne ved forespørsel ha satt i gang en undersøkelse av hvorvidt advokatforeningen (*The Bar Council*) hadde misbrukt sin makt i avgjørelsene mot klageren. Kommissjonen fant at et rettsmiddel som klageren ikke selv kunne ta initiativ til, ikke kunne anses som tilgjengelig, og avviste statens påstand.

I tillegg til å være formelt tilgjengelig, må nasjonale rettsmidler også være faktisk tilgjengelig for klageren. Faktiske hindringer kan for eksempel bestå i at man ikke har tilgang til eller ikke har midler til rettshjelp. Komiteen har anerkjent at «a remedy may not be considered de facto available if the author with financial needs attempts to exhaust it but is unable to obtain legal aid».¹⁵⁷ Også fysiske hindringer er omfattet. I en sak mot Madagaskar var klageren blitt utvist og brakt ut av landet så raskt at det ikke kunne anses å foreligge faktisk tilgjengelige rettsmidler.¹⁵⁸

Spørsmålet om faktisk tilgjengelighet har for visse tilfeller vært formulert som et spørsmål om det foreligger akseptable unnskyldningsgrunner som kan gi grunnlag for å gjøre unntak fra uttømmingsplikten.¹⁵⁹ Det kan imidlertid være vanskelig å skille ut hvilke tilfeller som hører under tilgjengelighetsvurderingen, og hvilke som hører under vurderingen av om det må gjøres unntak fra regelen.¹⁶⁰

¹⁵⁶ H. mot Belgia side 13.

¹⁵⁷ Warsame mot Canada avsnitt 5.5, jfr. Graham og Morrison mot Jamaica avsnitt 5.2.

¹⁵⁸ Hammel mot Madagaskar.

¹⁵⁹ Se oppgavens avsnitt 3.5.5.

¹⁶⁰ Bårdsen (1999) side 373.

3.5.3 Effektivitetskravet

Effektivitetskravet innebærer at et rettsmiddel må tilby «en rimelig sjanse til å oppnå rettsbeskyttelse i forhold til den påståtte krenkelse».¹⁶¹ Eksempelvis forkastet Kommissjonen en anførsel om avvisning i *Lawless mot Irland* ettersom den fant at rettsmiddelet «did not offer ... a reasonable prospect of success and must be regarded as ineffective remedies».¹⁶² Tilsvarende har Komiteen uttalt at «the local remedies rule does not require resort to appeals that objectively have no prospect of success».¹⁶³

Praksis fra håndhevingsorganene viser at effektivitetsvurderingen i stor grad vil bygge på en konkret prognose på klagetidspunktet.¹⁶⁴ Vurderingstemaet er om klageren ville ha hatt en «rimelig sjanse» til å oppnå rettsbeskyttelse dersom vedkommende hadde benyttet seg av det aktuelle rettsmiddelet.¹⁶⁵ Hvis det foreligger en viss tvil om rettsmiddelet ville vært effektivt, plikter klager å ha tatt spørsmålet opp for nasjonale myndigheter før han kan klage. Kommissjonen har uttalt i denne retning at «where there is a doubt about the effectiveness of a remedy it must be submitted to the domestic courts before any appeal to an international tribunal».¹⁶⁶ EMD har uttalt at det må ha vært åpenbart nytteløst («obviously futile») før klageren kan fritas fra sin plikt til å uttømme et tilgjengelig rettsmiddel.¹⁶⁷

EMD har videre lagt til grunn at uttømmingsregelen skal anvendes fleksibelt og i lys av konkrete omstendigheter i saken.¹⁶⁸ Kommissjonen har tilsvarende uttalt at det er nødvendig «in every case to appreciate in the light of its particular facts whether any given remedy at

¹⁶¹ Bårdsen (1999) side 334.

¹⁶² Side 35.

¹⁶³ Pratt og Morgan mot Jamaica avsnitt 12.3.

¹⁶⁴ Reed mot Storbritannia avsnitt 8.

¹⁶⁵ Bårdsen (1999) side 335.

¹⁶⁶ X. mot Tyskland. Se også Komiteens avgjørelse i A. og S.N. mot Norge avsnitt 6.2.

¹⁶⁷ Akdivar og andre mot Tyrkia avsnitt 71.

¹⁶⁸ Akdivar mot Tyrkia avsnitt 69.

any given date appeared to offer the Applicant the possibility of an effective and sufficient remedy». ¹⁶⁹

Konvensjonspraksis viser at vurderingen av om det forelå en rimelig sjanse til å vinne frem, i stor grad vil bero på en tolkning av relevante nasjonale rettskilder. ¹⁷⁰ Konvensjonens stilling i intern rett vil kunne være et tungtveiende argument for at det forelå en rimelig sjanse til å vinne frem. ¹⁷¹ Dersom det øvrige rettskildematerialet ga grunn til å tro at rettsmiddelbruk ikke ville føre frem, vil dette dog være av underordnet betydning. ¹⁷² Både nasjonal rettspraksis, lovgivning og rettsoppfatning vil kunne få betydning i bevisvurderingen. Det kan etter konvensjonspraksis legges til grunn at et rettsmiddel vil kunne anses som ineffektivt i seks forskjellige situasjoner:

1. Det følger av etablert nasjonal rettspraksis at klagerens sak vil bli avvist eller nektet fremmet¹⁷³

I EMDs plenumsavgjørelse *De Wilde, Ooms and Versyp mot Belgia* anførte tre klagerne at de var utsatt for arrest og fengsling i strid med EMK artikkel 5. Staten hevdet at saken måtte avvises ettersom klagerne ikke hadde anket arrestasjonsavgjørelsene til den øverste forvaltningsdomstolen (*Conseil d'État*). Det ble vedkjent at praksis i dette organet var at slike administrative avgjørelser ikke kunne ankes, men anført at praksisen kunne ha vært endret dersom klagerne hadde forsøkt å anke. Staten viste til en avgjørelse som var falt i ettertid hvor dette hadde skjedd. Domstolen var ikke enig i dette, og uttalte:

¹⁶⁹ Nielsen mot Danmark side 40

¹⁷⁰ Bårdsen (1999) omtaler dette som et spørsmål om prøvingsorganet har hatt tilstrekkelig kompetanse til å dømme i favør av klageren, se side 345.

¹⁷¹ Van Oosterwijck mot Belgia avsnitt 33.

¹⁷² Bårdsen (1999) side 345.

¹⁷³ Bårdsen (1999) omtaler dette som et spørsmål om tilgjengelighet, se side 342.

«[A]ccording to the settled legal opinion which existed in Belgium up to 7th June 1967 recourse to the Conseil d'État against the orders of a magistrate was thought to be inadmissible. One cannot reproach the applicants that their conduct in 1965 and 1966 conformed with the view which the Government's Agent continued to express at the beginning of 1967 at the hearings on admissibility before the Commission and which was prevalent in Belgium at the time.»¹⁷⁴

Et tilsvarende resonnement kan utledes i EMDs plenumsavgjørelse i *Englert mot Tyskland*. Saken gjaldt en mann som var blitt frifunnet for voldtekt. Han hevdet at det forelå brudd på uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6 ettersom han ikke var blitt tilkjent kompensasjon for varetektsoppholdet og erstatning for sitt økonomiske tap ved forfølgningen. Staten anførte for det første at saken måtte avvises fordi klageren hadde begrenset anken til krav om kompensasjon for varetektsoppholdet. EMD var ikke enig i dette, og viste til at presedens i anke-domstolen var at anker over krav på erstatning ved uberettiget straffeforfølgning skulle avvises. Staten hevdet for det andre at klageren i hvert fall skulle ha anket saken til konstitusjonsdomstolen. Domstolen var også på dette punkt uenig med staten, og uttalte:

«[T]he Government did not cite any decisions by the Constitutional Court indicating that the applicant could have challenged the reasons given for the impugned decision with some prospect of success. On the contrary ... the Constitutional Court had held such a complaint – lodged by the applicant's counsel in another case – to be inadmissible.»¹⁷⁵

Også Komiteen har lagt til grunn at avvisningspraksis kan føre til at et rettsmiddel ikke kan anses som effektivt. I *Reynolds mot Jamaica* hadde klager ikke anket sin sak til den jamaikanske *Privy Council*, fordi han ikke fått tilgang til en skriftlig kopi av anke-domstolens avgjørelse. Komiteen fant at *Privy council* i prinsippet kunne tillate anken fremmet på tross

¹⁷⁴ Side 62.

¹⁷⁵ Avsnitt 32.

av de manglende saksdokumentene, og at rettsmiddelet av denne grunn måtte anses som tilgjengelig. Praksis viste imidlertid at alle anker hvor det ikke kunne vises til aktuelle saksdokumenter, ville bli avvist. På denne bakgrunn konkluderte Komiteen med at rettsmiddelet ikke hadde noen utsikt til å lykkes, og at det derfor ikke kunne kreves uttømt.

2. Det følger av etablert nasjonal rettspraksis at klagerens sak ikke vil føre frem

Kommisjonen la til grunn i avvsningsavgjørelsen *Modinos mot Kypros* at en klager som kan bevise at det omtvistede spørsmål allerede har vært avgjort av nasjonale domstoler, er unntatt fra plikten til å uttømme tilgjengelig rettsmidler. Saken gjaldt spørsmål om en kypriotisk lovbestemmelse om forbud mot homoseksuelle handlinger var i strid med EMK artikkel 8 om rett til privatliv. Staten anførte at saken måtte avvises under henvisning til at klageren ikke hadde tatt sin sak til domstolene. Kommisjonen var ikke enig i dette, og viste til en avgjørelse i den kypriotiske Høyesterett hvor det var blitt lagt til grunn at loven ikke var i strid med konstitusjonen eller konvensjonen:

«[T]he Commission recalls that an applicant who shows, from decided cases, that the point at issue has already been decided by the competent domestic authority is exempted, according to the generally recognised rules of international law, from the obligation to exhaust remedies.»

Komiteen har tilsvarende uttalt at «when the highest domestic court has ruled on the matter in dispute, thereby eliminating any prospect that a remedy before the domestic court may succeed, the author is not obliged to exhaust domestic remedies for the purposes of the Optional Protocol».¹⁷⁶

EMDs plenumsavgjørelse i *Open Door og Dublin Well Woman mot Irland* gjaldt klage over et rettslig forbud mot å informere om mulighetene for å ta abort utenfor landet. Staten

¹⁷⁶ Zdenek og Ondracka mot Tsjekkia avsnitt 6.3.

hevdet at to av klagerne ikke hadde oppfylt uttømmingsplikten ettersom EMK artikkel 8 og 10 ikke hadde vært påberopt ved søksmålet for de nasjonale domstolene. Den øverste nasjonale domstolen hadde imidlertid klart lagt til grunn i saken mot de to at retten til liv måtte gå foran retten til å informere om abortmuligheter, og således avgjort det omstridte spørsmål. På bakgrunn av dette mente EMD at klagerne ikke ville hatt noen utsikt til å lykkes, selv om de hadde påberopt de aktuelle konvensjonsrettighetene. Også spørsmålet om krenkelse av EMK artikkel 8 måtte sies å ha vært avgjort av den nasjonale domstolen. For de to øvrige klagerne som ikke hadde vært part i den aktuelle saken, fant EMD at det ikke var et krav at de skulle ha anlagt sak for å få prøvd det samme spørsmålet en gang til.

Saken i *The Holy Monasteries mot Hellas* gjaldt spørsmål om en lov om regulering av kirkens eiendommer var i strid med konvensjonen. Den øverste administrative domstol hadde i en avgjørelse tatt stilling til om oppnevningen av kirkens forvaltende myndighet var i samsvar med den aktuelle lov. Det ble i denne avgjørelsen også uttalt i et obiter dictum at loven ikke var i strid med verken konstitusjonen eller EMK. EMD fant at dette måtte få betydning for uttømmingsplikten, og viste til at uttalelsene var gitt av dommere i en av de øverste domstolene i landet. Det var ikke avgjørende at uttalelsene ikke hadde betydning for resultatet i den konkrete sak:

«Such statements, even though they were obiter, substantially limited the prospects of success of any other appeal the applicant monasteries might bring.»¹⁷⁷

I *Gussenbauer mot Østerrike* hevdet en advokat seg utsatt for brudd på EMK artikkel 4 ved at han var blitt pålagt å opptre som forsvarer uten salær. Staten anførte at klageren ikke hadde uttømt nasjonale rettsmidler idet han ikke hadde anmodet domstolen om å bli fritatt fra forsvareroppnevningen. Det ble fremholdt at en slik anmodning ville gitt ham mulighet til å anke oppnevningen inn for et *Judge chamber*. Fast praksis i dette organet var imidlertid

¹⁷⁷ Avsnitt 51.

at advokater bare ble fritatt fra forsvareroppnevnelser dersom de var syke eller i en interessekonflikt. Kommisjonen uttalte at praksisen kunne ha vært endret dersom advokaten hadde anket, men at dette kun utgjorde en teoretisk mulighet. I lys av dette kunne ikke ankemuligheten «in reality offer any chance of remedy the damage alleged, and therefore need not be exhausted».

EMD kom til motsatt resultat i *Augusto mot Frankrike*. Saken gjaldt spørsmål om en avgjørelse om uførepensjon var i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Klageren anførte at hun ikke hadde fått innsyn i en medisinsk rapport av den oppnevnte sakkyndige, at hun ikke hadde fått innsyn i skriftlige uttalelser i saken fra sosialministeren, at det avgjørende organ ikke var uavhengig, og at høringen ikke hadde vært offentlig. I anken til Høyesterett (*Court of Cassation*) hadde klageren imidlertid begrenset seg til anførsel om at manglende innsyn i den medisinske rapporten var i strid med EMK artikkel 6. Staten hevdet at de øvrige anførslene i klagen derfor måtte avvises under henvisning til uttømmingsregelen. Dette til tross for at fast praksis i fransk Høyesterett var at saksbehandlingen var i samsvar med nasjonal rett. Det ble vist til at Høyesterett hadde reversert sitt syn bare to måneder etter at klageren hadde anket. EMD var enig i dette. Ettersom klageren hadde basert sin anke på EMK artikkel 6, hadde det etter domstolens mening vært logisk å påberope seg de andre anførslene i samme sammenheng. Klageren burde derfor ha anket over disse forhold med sikte på å få endret den aktuelle praksis under henvisning til EMK artikkel 6.

I et separat votum, uttalte dommer Rozakis at han var enig i flertallets resultat. Han var imidlertid ikke enig i at resultatet kunne bygges på at klageren burde forutsett muligheten for et retningsskifte i Høyesterett. Det ville etter hans mening kunne skape usikkerhet i rettstilstanden dersom det skulle dras inn et slikt subjektivt element i vurderingen. I begrunnelsen for hvorfor han anså at rettsmiddelet var effektivt, viste Rozakis til at det i denne saken var objektiv grunn til å tro at en anke ville ha ført frem. Et retningsskifte måtte sies å ha ligget i luften i fransk rett. Saken skilte seg således fra avgjørelser i EMD hvor rettsmidler har blitt ansett som «bound to fail».

Komiteens begrunnelse i avgjørelsen *Pratt og Morgan mot Jamaica* taler for at effektivitetsvurderingen må underlegges en objektiv vurdering, slik som anført av Rozakis. Saken gjaldt to menn som var blitt dømt til dødsstraff for drap. Den nasjonale ankedomstolen hadde ikke gitt noen begrunnelse for sin avgjørelse om å avvise sakene før nesten fire år etter avsigelsen, og klagerne anførte at forsinkelsen var i strid med SP. Staten hevdet at saken måtte avvises ettersom klagerne ikke hadde anket over dette forhold til Høyesterett. Klagerne bestred at saken måtte avvises under henvisning til at det anførte rettsmiddel ikke var effektivt. Det ble i denne sammenheng vist til at den jamaikanske *Privy Council* i en tidligere sak hadde lagt til grunn at forsinkelser i behandling av avgjørelser om dødsstraff, uansett årsak, ikke var i strid med konstitusjonen. Staten svarte at dette ikke kunne være avgjørende, ettersom den gjeldende praksis kunne settes til side i henhold til prinsippet om *per incuriam*. Komiteen var ikke enig i dette, og viste til at avgjørelsen i *Privy Council* var i samsvar med dens tidligere praksis. I en slik situasjon var klagerne «*objectively entitled to take on the view the basis that, of the doctrine of precedent, a constitutional motion ... would be bound to fail and that there thus was no effective local remedy still to exhaust*» (min utheving).¹⁷⁸

3. Rettsavgjørelser i samme sakskompleks taler for at klagerens sak ikke vil føre frem

Også rettsavgjørelser i samme sakskompleks kan få betydning for bevisvurderingen. I *Ugurlukoc mot Tyskland* hadde en tyrkisk kvinne blitt nektet oppholdstillatelse og beordret til å forlate landet. Kvinnen hadde forgjeves begjært midlertidig forføyning om å få bli i landet i påvente av ankebehandling. Spørsmålet for Kommisjonen var om klagen kunne fremmes på tross av at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt i oppholdstillatelsessaken. Klageren anførte at det ikke ville ha nytte å anke over den avslåtte oppholdstillatelsen, ettersom saken ville bli vurdert av de samme domstolene som hadde avslått begjæringen om midlertidig forføyning. Kommisjonen var enig i at dette måtte vektlegges, men frem-

¹⁷⁸ Avsnitt 12.5.

holdt at «the Commission cannot subscribe to the idea that in cases where a request for suspensive effect or other interim relief was denied, an applicant would generally be excused from further pursuing the substantive proceedings». Dette gjaldt særlig ettersom klageren hadde mulighet til å ta spørsmålet om oppholdstillatelse til en høyere domstol.

4. Det er fravær av rettspraksis som støtter klagerens sak

EMDs praksis taler for at også fravær av rettspraksis som støtter klagerens sak vil kunne være av betydning. Plenumsavgjørelsen i *Hauschildt mot Danmark* gjaldt klage over at både fengslingskjennelse og hovedforhandling var blitt avgjort av den samme dommeren. Staten anførte at saken måtte avvises ettersom klageren ikke hadde søkt om å få prøvd spørsmålet for nasjonale domstoler. EMD var ikke enig i at saken ikke måtte avvises, ettersom det ikke kunne vises til noen avgjørelser i nasjonal rett hvor denne ordningen var blitt angrepet:

«[F]or several years nobody had ever challenged a trial judge on the ground of his having made pre-trial decisions in the case. The latter fact suggest general acceptance of the system, or at least the interpretation relied in by counsel for the defence.»¹⁷⁹

5. Nasjonale rettsregler taler etter sin ordlyd for at klagerens sak ikke vil føre frem

Praksis viser at det også kan få betydning for uttømmingsplikten at nasjonale rettsregler etter sin ordlyd går klager imot. Komiteen uttalte i *Warsame mot Canada* at et rettsmiddel ikke var effektivt, ettersom det forutsatte at klageren innfridde vilkår i loven som vanskelig kunne oppnås. Saken gjaldt en mann av somalisk opprinnelse som var bitt utvist fra Canada på grunn av alvorlig kriminalitet. Etter Canadisk lov kunne anke over en slik avgjørelse bare føre frem dersom det forelå «a ‘fairly arguable case’, a ‘serious question to be deter-

¹⁷⁹ Avsnitt 41. Se også Englert mot Tyskland avsnitt 32.

mined' or an error in law or jurisdiction».¹⁸⁰ Komiteen fant at denne muligheten ikke var nok til å utgjøre et effektivt rettsmiddel, og uttalte:

«[T]he State party has not explained how the author could have met this threshold considering the clear domestic legislation and jurisprudence. In the specific circumstances of the case, the Committee, therefore, considers that an application for leave to appeal to the Federal Court did not constitute an effective remedy.»¹⁸¹

Saken i *Ballantyne, Davidson og McIntyre mot Canada* gjaldt et forbud mot all form for reklame på engelsk. Det fremgikk i loven at forbudet skulle gjelde med forrang («notwithstanding») overfor andre rettskilder, herunder retten til yrings- og informasjonsfrihet. Staten anførte at klagen måtte avvises ettersom klagerne ikke hadde forsøkt å angripe loven ved domstolene. Det ble vist til at domstolene var forpliktet til å anvende lovgivningen i samsvar med internasjonale forpliktelser, og at det derfor ikke hadde betydning at forbudet hadde lovbestemt forrang. Komiteen fant at statens anførsel ikke kunne føre frem. Rettsmiddelet kunne ikke anses som effektivt, sett på bakgrunn av forrangsbestemmelsen. Regelen var nettopp blitt innført med det formål å sette til side to avgjørelser i Høyesterett hvor det var blitt lagt til grunn at forbudet var i strid med konstitusjonen.

I *H.G og G.B mot Østerrike* talte både klar lovgivning og praksis i konstitusjonsdomstolen, for at klagerens sak ikke ville ha ført frem. Klageren var blitt domfelt for homoseksuell omgang med mindreårige, og anførte at domfellelsen var diskriminerende i strid med EMK artikkel 14. EMD fant at det var utvetydig («unambiguous») at den aktuelle handling var straffbar etter østerriksk rett. Det ble også vist til at den nasjonale konstitusjonsdomstolen hadde lagt til grunn at straffebudet ikke var konvensjonsstridig, og at senere anker var blitt

¹⁸⁰ Avsnitt 7.5.

¹⁸¹ Avsnitt 7.5.

avvist på grunnlag av prinsippet om res judicata. EMD fant på bakgrunn av dette at det ikke forelå noen utsikt til å lykkes, og at rettsmiddelet derfor ikke kunne kreves uttømt.

Saken i *Guatrin m.fl. mot Frankrike* gjaldt domfellelser i det franske disiplinærrådet for medisinerere. Klagerne anførte at avgjørelsene mot dem var i strid med EMK artikkel 6, blant annet under henvisning til at de ikke hadde vært avsagt offentlig. Staten anførte at saken måtte avvises, fordi klagerne ikke hadde anket til den øverste forvaltningsdomstolen (*Conseil d'Etat*). EMD fant at statens anførsel ikke kunne føre frem under henvisning til to omstendigheter i nasjonal rett. Det fremgikk for det første uttrykkelig av nasjonal lovgivning at avgjørelsene i disiplinærrådet skulle være hemmelige. Det var for det andre stadfestet i den øverste forvaltningsdomstolen at EMK artikkel 6 ikke var anvendelig, ettersom slike avgjørelser ikke ble ansett å angå borgerlige rettigheter og plikter eller straffesiktelse. Statens anførsel om at den nasjonale domstolen stadig reverserte sin praksis i lys av avgjørelser i EMD, kunne under slike omstendigheter ikke få betydning.

6. Den påståtte krenkelse er lovlig etter etablert nasjonal rett

En kategori som ligger tett opp til situasjonen i punkt 5, er at den påståtte krenkelse er lovlig etter etablert nasjonal rett. Saken i *Campbell mot Storbritannia* gjaldt påstand om krenkelse av EMK artikkel 3. Klageren hadde forgjebes anmodet skotske utdannelsesmyndigheter om å få en garanti for at hennes sønn ikke skulle bli utsatt for fysisk avstraffelse i skolen. Kommisjonen var ikke enig i statens anførsel om at kvinnen skulle ha tatt ut søksmål for å få rettslig forbud mot fysisk avskaffelse av sønnen. Det fantes ingen lovgivning som forbød moderat fysisk avstraffelse i skolen, og dette var akseptert i nasjonal rett. Klagen kunne derfor ikke kunne gjøres til gjenstand for søksmål i domstolene.

Avvisningsavgjørelsen i *Jensen mot Danmark* gjaldt en mann som var blitt dømt til å betale underholdsbidrag til sin tidligere ektefelle. I ankesaken hadde dommeren anbefalt klageren å inngå forlik ettersom han anså at saken ikke ville føre frem. Klageren anførte for Kommisjonen at dette utgjorde et brudd på retten til upartisk rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1. Den innklagede staten motsatte seg at klagen kunne fremmes ettersom det ikke var anket

over den påstått upartiske behandlingen. Det ble vist til at anke kunne bygges på den danske *Administration of Justice Act* om at dommere skal vike sete dersom det foreligger tvil om vedkommendes upartiskhet. Kommisjonen var ikke enig i dette og uttalte:

«In the present case it is undisputed that [the] judge ... carried out his conciliation attempts in accordance with established practice consistent with the Administration of Justice Act. The applicant could not, therefore, have pointed at any breach of Danish law when complaining about this situation.»¹⁸²

Oppsummering

Effektivitetskravet kan oppsummeres på følgende måte: Det avgjørende etter konvensjonspraksis er om nasjonal rettspraksis, lovgivning og rettsoppfatning ga objektiv grunn til å tro at rettsmiddelbruk ville bli avvist eller ikke føre frem.

3.5.4 Tilstrekkelighetskravet

Tilstrekkelighetskravet innebærer at et rettsmiddel må være egnet til å reparere den påståtte krenkelse:

«[T]he rule of exhaustion of domestic remedies demands the use only of such remedies as ... are sufficient, that is to say capable of providing redress for their complaints.»¹⁸³

Kravet til tilstrekkelighet har i EMD- og Kommisjonens praksis ofte blitt sett på som et spørsmål om effektivitet. At et rettsmiddel er egnet til å reparere den påståtte krenkelse, må anses som en forutsetning for at det skal ha utsikter til å lykkes. Komiteen referer på

¹⁸² Avsnitt 2a.

¹⁸³ De Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia avsnitt 60.

sin side som oftest til at nasjonale rettsmidler må være tilgjengelige. Håndhevingsorganenes praksis viser imidlertid at det undertiden stilles eksplisitt krav om at rettsmidler i tillegg må være tilstrekkelige.¹⁸⁴

I *De Jong, Baljet og Van Den Brink mot Nederland* var tre vernepliktige menn blitt fengslet på grunn av ordrenekt. Staten anførte at klagerne kunne ha reist søksmål om erstatning for urettmessig frihetsberøvelse. Et slikt søksmål ville imidlertid bare ha resultert i kompensasjon for et eventuelt materielt tap, noe klagerne ikke på noe tidspunkt hadde påberopt seg. EMD fant på bakgrunn av dette at rettsmiddelet «would not have been capable, even in theory, of providing appropriate redress for the applicant's complaints».¹⁸⁵

Klagerne *C.F., M.L og J.-L.L. mot Canada* anførte at rettsmidlene som var forfektet av staten ikke var tilstrekkelige, ettersom det var for sent for staten å reparere den påståtte krenkelse. Klagen gjaldt spørsmål om stemmerett, men fristen for å stemme ved valget var gått ut før ankebehandling var blitt aktuelt. Den innklagede staten hevdet at dette ikke kunne få betydning for plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler. Klagen måtte anses å gjelde spørsmål om fangenes rett til å stemme generelt, og ikke bare ved dette ene valget. Det var derfor etter statens mening ikke for sent å forsøke å få reparert det påstått konvensjonsstridige forhold ved nasjonale domstoler. Komiteen var enig med staten. Rettsmiddelet måtte i prinsippet anses som tilstrekkelig, selv om fristen for å stemme ved valget var gått ut.

I *Pinkney mot Canada* anførte staten at klageren måtte ha anket spørsmål om lang saksbehandling inn til landets høyeste domstol, før han kunne klage til Komiteen. Komiteen fant at landets høyeste domstol var kompetent til å behandle det omtvistede spørsmål. Rettsmiddelet ble imidlertid ikke ansett som tilstrekkelig, fordi ytterligere forsinkelser ikke kunne unngås.

¹⁸⁴ Zwart (1994) side 198 og 200.

¹⁸⁵ Avsnitt 39.

3.5.5 Unntak

Håndhevingsorganenes praksis viser at det ved spesielle omstendigheter kan gjøres unntak fra plikten til å uttømme rettsmidler som er tilgjengelige, effektive og tilstrekkelige. I *Akdivar og andre mot Tyrkia* uttalte EMD således:

«[A]ccording to the ‘generally recognised rules of international law’ there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust domestic remedies at his disposal.»¹⁸⁶

Vurderingen av om det skal gjøres unntak fra uttømmingsregelen vil bero på sakens konkrete omstendigheter:

«[I]t is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case ... This means amongst other things that it must take realistic account not only to the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants.»¹⁸⁷

Det er klageren som plikter å fremlegge bevis som underbygger at det foreligger spesielle omstendigheter som kan unnta vedkommende fra plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler.¹⁸⁸ Slike omstendigheter kan for eksempel tenkes dersom klageren har blitt forhindret fra å bruke rettsmiddelet, dersom det nasjonale rettsapparatet lider under markante svakheter, eller dersom særskilte subjektive forhold gjør krav om uttømming urimelig.¹⁸⁹ Praksis viser imidlertid at det er svært få omstendigheter som kvalifiserer til unntak. Denne

¹⁸⁶ Avsnitt 67. Dette er også lagt til grunn i Komiteens praksis, se *N.S. mot Canada*.

¹⁸⁷ *Akdivar og andre mot Tyrkia* avsnitt 69.

¹⁸⁸ *Akdivar og andre mot Tyrkia* avsnitt 68, *X. mot Australia* avsnitt 6.3.

¹⁸⁹ Bårdsen (1999) side 374.

problemstillingen er ikke relevant for denne oppgavens tema, og det avgrenses derfor mot en nærmere behandling av unntaksregelen.

3.6 Sammenfatning

Det kan etter dette legges til grunn at konvensjonsstatene bare kan kreve uttømming av nasjonale rettsmidler dersom prøvingsretten har vært tilgjengelig i teori og praksis, effektiv i den forstand at det forelå en rimelig mulighet til å vinne frem, og tilstrekkelig i den forstand at prøvingsorganet kunne reparere den påståtte krenkelse. Hvorvidt Høyesterett i Rt. 2010 s. 1170 hadde tilstrekkelig grunnlag til å oppstille krav om uttømming, vil dermed bero på om retten til å anke over ubegrunnede ankenektelser tilfredsstilte disse krav før retningsskiftet i 2008.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Se oppgavens kapittel 4.

4 Vurdering av hvorvidt ankeadgangen over ubegrunnede ankenektelser, slik den forelå før Høyesteretts retningsskifte i 2008, var tilgjengelig, effektiv og tilstrekkelig

4.1 Problemstilling

Det vil i dette kapittel undersøkes om retten til å anke over ubegrunnede ankenektelser før retningsskiftet i 2008, tilfredstilte kravene til rettsmidler som kan kreves uttømt etter EMK og SP. Spørsmålet beror etter konvensjonspraksis på en tolkning av nasjonale rettskilder.¹⁹¹ Det vil av denne grunn først redegjøres for ankeadgangen slik den forelå etter straffeprosessloven (avsnitt 4.2) og etter Høyesteretts praksis (avsnitt 4.3). Deretter vurderes i avsnitt 4.4 hvorvidt denne adgangen var tilgjengelig, effektiv og tilstrekkelig i henhold til de kriterier som er lagt til grunn i oppgavens tredje kapittel.

4.2 Norsk lovgiving før retningsskiftet i 2008

Spørsmål om overprøving av lagmannsrettens ankenektelser var og er fortsatt regulert i straffeprosessloven § 321 sjettede ledd:

«Nektelse etter paragrafen her eller avslag på begjæring om omgjøring av slik nektelse kan ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen. For øvrig kan avgjørelser etter paragrafen her ikke ankes eller brukes som ankegrunn.»

Det fremgår av denne bestemmelsen at det var adgang til å anke over beslutninger om ankenektelse ved feil i saksbehandlingen. Hvorvidt lagmannsretten skulle ha begrunnet en ankenektelse vil bero på om det forelå feil i saksbehandlingen. Spørsmålet om begrunnelse kunne dermed vært gjort til gjenstand for overprøving etter denne bestemmelsen.

¹⁹¹ Se oppgavens avsnitt 3.5.1.

Selv om det således var adgang til å anke over manglende begrunnelse, må det være klart at loven selv ikke krevde at slik begrunnelse skulle gis. I henhold til straffeprosessloven § 321 femte ledd skulle ankenektelser avgjøres ved beslutning. De krav som ble stilt til slike avgjørelser var før 2010 utelukkende regulert i straffeprosessloven § 53.¹⁹² Ingen av henvisningene i denne bestemmelsen krevde at lagmannsretten skulle begrunne beslutninger om ankenektelser.

Det følger av forarbeidene til to-instansreformen at det var tilsiktet at ankenektelser ikke skulle begrunnes. Om dette uttalte Justis- og politidepartementet:

«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 dommerne 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 enig med herreds- 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.»¹⁹³

I proposisjonen ga Justisdepartementet videre uttrykk for at silingsordningen ble ansett å være i samsvar med de krav som FN-konvensjonene stiller.¹⁹⁴ Justiskomiteén sluttet seg til dette i sin innstilling til Odelstinget.¹⁹⁵

¹⁹² Det ble ved lovendring av 10. desember 2010 vedtatt at beslutninger om å nekte anker fremmet i straffesaker, som hovedregel må begrunnes, jfr. lovvedtak 3 (2010-2011). En bestemmelse om dette ble inntatt i straffeprosessloven § 321 femte ledd.

¹⁹³ NOU 1992:28 side 53

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.78 (1992-1993) side 66-67 jfr. NOU 1992:28 side 49-50.

¹⁹⁵ Innst.O.nr.135 (1992-1993) side 14

4.3 Norsk rettspraksis om begrunnelsesplikten før retningsskiftet i 2008

Det vil i dette avsnittet redegjøres for rettspraksis om begrunnelsesplikten før retningsskiftet i 2008. Utvalget av rettspraksis er hovedsakelig basert på Sverre Jebens' behandling av dette temaet, og er ikke uttømmende.¹⁹⁶

Høyesteretts kjæremålsutvalg gjorde det klart i Rt. 1992 s. 1186 at ankesiling i kjæremålsutvalget uten begrunnelse ikke var i strid med norsk rett eller EMK artikkel 6. Den påberopte praksis fra Kommisjonen og EMD kunne ikke innebære annet enn at saksbehandlingen samlet sett måtte være tilfredsstillende. Dette kravet ble ansett å være oppfylt på tross av den manglende begrunnelsen.

Heller ikke innføringen av to-instansordningen medførte noen endring i dette synet. Reformen innebar at straffesaker skulle begynne i tingretten med ankeadgang til lagmannsretten. Det ble imidlertid åpnet for at lagmannsretten kunne nekte anker fremmet uten nærmere begrunnelse (silingsordningen). Kjæremålsutvalget avfeide i Rt. 1999 s. 679 at lagmannsrettens manglende begrunnelse ved avvisning utgjorde en saksbehandlingsfeil etter straffeprosessloven. Det ble vist til at avgjørelser etter straffeprosessloven § 321 skulle treffes ved beslutning, og at loven ikke krevde at retten ga en nærmere begrunnelse for sin avgjørelse. Det kunne ut i fra dette «i alminnelighet» ikke kreves begrunnelse.

I Rt. 1998 s. 1254 uttalte kjæremålsutvalget at silingsordningen i straffeprosessloven § 321 ikke var i strid med EMK Protokoll 7 artikkel 2. Det ble vist til at To-instansutvalget med senere tilslutning fra Justisdepartementet hadde konkludert med at det ikke forelå konvensjonsstrid, og at kjæremålsutvalget ved flere tidligere anledninger hadde lagt dette til grunn. Når det gjaldt spørsmålet om begrunnelsesplikt, uttalte utvalget at «[n]år det først aksept-

¹⁹⁶ Jebens (2004) kapittel 28.4.2.

res en avsilingsordning, må også avgjørelsen kunne tas i forenklete former». Kravene i EMK artikkel 6 kunne ikke være like strenge ved slike beslutninger.

Kjæremålsutvalget har videre uttalt at silingsordningen heller ikke kunne anses å være i strid med SP artikkel 14 nr. 5.¹⁹⁷ Utvalget støttet seg også på dette punkt til at ordningen var blitt funnet i overensstemmelse med konvensjonsrettighetene ved innføringen av to-instansordningen:

«Den nektelsesordning som er hjemlet i straffeprosessloven § 321 annet ledd, ble nøye vurdert av lovgiveren i forhold til blant annet FNs konvensjon, og lovgiveren fant at ordningen ikke krenket konvensjonen, jf Ot.prp.nr.78 (1992-93) side 66-67 og Innst.O.nr.137 (1992-93) side 14. Utvalget kan ikke se at denne forståelsen av konvensjonen er uholdbar.»¹⁹⁸

At SP artikkel 15 nr. 5 som hovedregel heller ikke krever at en ankenektelse begrunnes, må sies å ha blitt lagt til grunn av Kjæremålsutvalget blant annet i Rt. 1999 s. 679, Rt. 2000 s. 126 og Rt. 2000 s. 1710.¹⁹⁹

Kjennelsen i Rt. 1998 s. 710 viser imidlertid at Høyesterett i visse tilfeller har krevd at lagmannsretten må begrunne sine ankenektelser. Tiltalte i saken var blitt dømt til fengsel i 21 dager for voldsutøvelse. Anken til lagmannsretten gjaldt blant annet påstand om saksbehandlingsfeil. Grunnlaget for påstanden var at herredsrettens formann hadde rettet en henvendelse til en skoleklasse på tilhørerbenken, og bedt dem som mente at tiltalte var skyldig om å rekke opp hånden. Det var uklart hvorvidt hendelsen hadde skjedd før eller etter at rettsmøtet var hevet. Lagmannsretten hadde nektet anken fremmet uten begrunnelse. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at hendelsen i herredsretten hadde en slik «ekstraordinær

¹⁹⁷ Se f.eks Rt. 1996 s. 793, Rt. 1996 s. 802 og Rt. 2000 s. 2110.

¹⁹⁸ Rt. 1996 s. 793 på side 795.

¹⁹⁹ Jebens (2004) side 587.

karakter, at lagmannsretten hadde en oppfordring til å innhente nærmere opplysninger fra herredsretten». Selv om en beslutning om ankenektelse i alminnelighet ikke trengte begrunnelse, tilsa den spesielle situasjonen at lagmannsretten måtte gi nærmere uttrykk for sin vurdering av hendelsen.

I Rt. 1999 s. 259 var en mann blitt ilagt forelegg for overtredelse av tolloven. Kjæremålsutvalget fant at de foreliggende opplysningene talte for at forelegget var blitt vedtatt på vilkår som ikke var oppfylt. På denne bakgrunn mente retten at lagmannsretten hadde «all foranledning til å gå nærmere inn i saken». Dette var ikke gjort, og unnlatelsen måtte anses som en saksbehandlingsfeil som måtte føre til opphevelse av ankenektelsen.

Høyesterett fant også i Rt. 2002 s. 1733 at det forelå «spesielle forhold» i saken som foranlediget en nærmere begrunnelse av lagmannsretten. Saken gjaldt en domfellelse for blant annet vold og ordensforstyrrelser. Det straffbare forhold hadde funnet sted på et hotell, og flere av de ansatte hadde vært vitne til hendelsene. Tingretten hadde tillatt opplesning av de hotellansattes forklaringer til politiet, men hadde ikke gitt forsvarer anledning til å eksaminere vitnene. Tiltalte anførte at dette utgjorde en saksbehandlingsfeil, og at lagmannsretten skulle ha begrunnet hvorfor den ikke var enig i denne anførselen. Kjæremålsutvalget la til grunn at det kunne være i strid med straffeprosessloven § 297 at politiforklaringen var blitt tillatt opplest i tingretten, og at dette krevde at lagmannsretten begrunnet ankenektelsen.

I Rt. 2004 s. 148 hadde anke over en domfellelse for legemsbeskadigelse blitt liggende hos statsadvokaten i over ni måneder før den var blitt oversendt til lagmannsretten. Tiltalte anførte at forsinkelsen var i strid med retten til retteferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Kjæremålsutvalget gjentok at «den klare hovedregel» var at lagmannsrettens beslutninger om ankenektelse ikke trengte begrunnelse. Det var likevel en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde uttalt seg uttrykkelig om forsinkelsens betydning for straffutmålingen.

Det kan utledes av den nevnte rettspraksis, at en beslutning om å nekte en anke fremmet som hovedregel bare trengte å inneholde en henvisning til ankegrunn og en gjengivelse av det relevante avvisningskriterium i straffeprosessloven § 321. Begrunnelsesplikten inntrådte bare unntaksvis under forutsetning av at det forelå «ekstraordinære omstendigheter», «spesielle forhold» eller lignende. Det ser videre ut til at slike omstendigheter bare ble konstatert i tilfeller hvor kjæremålsutvalget på bakgrunn av konkrete forhold ved avgjørelsen i tingretten fant grunn til å reise spørsmål ved ankenektelsen.²⁰⁰ Det må for eksempel antas at Kjæremålsutvalget krevde begrunnelse i Rt. 1998 s. 710, fordi det forelå et behov for oppklaring av faktum i saken. Lagmannsretten burde under slike omstendigheter ha tillat anken fremmet.

4.4 Hvorvidt ankeadgangen var tilgjengelig, effektiv og tilstrekkelig

Det kan for det første legges til grunn at håndhevingsorganenes fortolkning av uttømmingsregelen kan tillegges stor vekt i senere saker. Flere av avgjørelsene er avsagt i plenum og storkammer, og bygger på etablert og langvarig praksis i tråd med folkerettslig sedvanerett. Rettssetningene i den gjennomgatte konvensjonspraksis er videre etter mitt syn av nokså generell art, og er ikke spesielt knyttet opp mot det konkrete faktum i sakene. Det er således ikke problematisk om saksforholdet i håndhevingsorganenes avgjørelser kan jevnføres med situasjonen for de ubegrunnede ankenektelsene.

Spørsmålet er dermed hvordan ankeadgangen, slik den forelå før retningsskiftet, stiller seg overfor konvensjonsorganenes tolkning av uttømmingsregelen. Det må være klart at det ikke er grunnlag fra å gjøre unntak fra uttømmingsregelen. Avgjørende er derfor om rettsmiddelet kan sies å ha vært tilgjengelig, effektivt og tilstrekkelig.

²⁰⁰ Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 78.

Det kan først og fremst konstateres at det eksisterte en tilgjengelig adgang til å anke over manglende begrunnelse ved ankenektelse. Etter straffeprosessloven § 321 sjette ledd kunne lagmannsrettens beslutning om å nekte en anke fremmet, påkjæres til Høyesteretts kjæremålsutvalg, på grunn av feil ved saksbehandlingen. Etter gjeldende rett kan ankenektelser nå ankes til Høyesteretts ankeutvalg. Den gjennomgåtte praksis fra tiden før retningsskiftet, viser at det i stor utstrekning ble anket over manglende begrunnelse i lagmannsretten, og at rettsmiddelet således også var tilgjengelig i praksis.

Det er heller ingen tvil om at rettsmiddelet var tilstrekkelig i den forstand at Høyesterett kunne reparere en eventuell krenkelse av begrunnelsesplikten. I de tilfeller hvor Høyesterett fant at begrunnelse skulle ha vært gitt, ble ankenektelsen opphevet. Lagmannsretten måtte da enten oppta saken til behandling, eller gi en nærmere begrunnelse i en ny beslutning. Det forelå således en mulighet til adekvat oppreisning ved anke.

Spørsmålet er dermed om de formelt tilgjengelige rettsmidler i form av kjæremål og anke til Høyesterett, var effektive i henhold til konvensjonspraksis. Hvorvidt ankeadgangen var effektiv, beror som nevnt på om det objektivt forelå en rimelig sjanse til å lykkes. Spørsmålet er om en slik rimelig sjanse kan sies å ha foreligget når ankeadgangen var reservert for «ekstraordinære tilfeller». Ettersom spørsmålet om effektivitet fordrer en konkret vurdering, vil det i det følgende måtte skilles mellom saker hvor det forelå ekstraordinære omstendigheter, og saker hvor dette ikke var tilfellet.

Dersom det i den konkrete sak forelå ekstraordinære omstendigheter, vil det kunne anføres at det objektivt sett var mulig å vinne frem ved anke. Dette støttes av rettspraksis nevnt i avsnitt 4.3. Det var imidlertid bare i svært få tilfeller at det ble ansett å foreligge slike ekstraordinære omstendigheter. Hvorvidt ankeadgangen generelt var effektiv, må derfor vurderes ut i fra forutsetningen om at slike omstendigheter ikke forelå.

For tilfellet at ekstraordinære omstendigheter ikke forelå, var praksis at anken ble forkastet, jfr. Rt. 1999 s. 679. Denne praksisen må sies å ha vært klar og etablert, og gitt berettiget

grunn til å tro at anke over manglende begrunnelse ikke ville føre frem. Håndhevingsorganene i EMK og SP har som nevnt uttalt at hovedregelen i slike tilfeller er at det aktuelle rettsmiddel ikke må utprøves.²⁰¹

Norsk praksis om at begrunnelse i visse tilfeller likevel ble krevd, kan ikke sies å ha gitt objektiv grunn til å tro at en anke på dette punkt ville føre frem. Det vises i denne forbindelse til avgjørelsene i *Gussenbauer mot Østerrike* og *Jama Warsame mot Canada*. Håndhevingsorganene fant i disse sakene at det ikke forelå en rimelig sjanse til å vinne frem, ettersom dette krevde at klageren oppfylte spesielle vilkår. I *Gussenbauer* ville anke over pålegg om å opptre som forsvarer uten salær, bare føre frem dersom advokaten var syk eller i en interessekonflikt. I *Jama Warsame* ville anke over utvisningsvedtak bare føre frem dersom det forelå «a ‘fairly arguable case’, a ‘serious question to be determined’ or an error in law or jurisdiction». Dette kan sammenlignes med ankeadgangen over ubegrunnede ankenektelser som bare ville føre frem ved ekstraordinære omstendigheter eller lignende.

Kjæremålsutvalget har i en rekke saker lagt til grunn at silingsordningen ikke var i strid med verken EMK eller SP, også i spørsmålet om begrunnelsesplikt. Synet var i samsvar med lovgivers forutsetninger som kom til uttrykk ved innføringen av to-instansreformen. Spørsmålet om begrunnelsesplikt kan derfor sies å ha vært avgjort av en av landets høyeste rettsinstanser. Dette taler ytterligere for at en anke på dette grunnlag ikke er et rettsmiddel som må uttømmes etter konvensjonspraksis. Det vises til avgjørelsene i *Modinos mot Kypros*, *Open Door og Well Woman mot Irland* og *The Holy Monasteries mot Hellas*. Det ble i disse sakene lagt til grunn at uttømmingsregelen ikke krever at det har vært anlagt sak for å få prøvd et spørsmål som allerede er avgjort av landets øverste domstoler.

²⁰¹ Lawless mot Irland side 35, Pratt og Morgan mot Jamaica avsnitt 12.3.

Heller ikke den norske lovgivningen ga grunn til å tro at anke over ubegrunnet ankenektelse hadde noen sjanse til å føre frem. Det fremgikk som nevnt klart av straffeprosessloven at ankenektelser ikke skulle begrunnes, og det ble lagt til grunn blant annet i Rt. 1999 s. 679 at dette ikke utgjorde noen saksbehandlingsfeil. Straffeprosessloven talte således etter sin ordlyd for at en anke på dette grunnlag ikke ville føre frem, slik som i *Guatrin m.fl. mot Frankrike*. Denne situasjonen ligner også på rettstilstanden i *Jensen mot Danmark* og *Campbell mot Storbritannia*, hvor klagerne i spørsmålet om krenkelse ikke kunne vise til at det forelå brudd på nasjonal lovgivning. Slik som i disse sakene kunne ikke norske borgere vise til noe brudd på straffeprosessloven ved anke over manglende begrunnelse.

De nevnte kildene taler videre for at det forelå en generell aksept av reglene om ankesiling. Både lovgiver og domstolene forutsatte at ankesiling uten begrunnelse var i samsvar med norsk lov og internasjonale konvensjoner. Dette kan sammenlignes med *Hauchildt-saken* hvor et rettsmiddel ikke ble ansett som effektivt, fordi det forelå en generell aksept av det aktuelle systemet.

Den saksbehandling som Høyesterett i Rt. 2010 s. 1170 har krevd at det skal ankes over, hadde således støtte i straffeprosesslovens ordlyd, så vel som i fast praksis og generell rettsoppfatning. I henhold til konvensjonspraksis kan uttømming av nasjonale rettsmidler som hovedregel ikke kreves i slike tilfeller. Det er av denne grunn holdepunkter for å påstå at Høyesteretts anvendelse av uttømmingsregelen, er i strid med de krav til effektivitet som er oppstilt i konvensjonspraksis.

En slik slutning kan heller ikke sies å stride mot uttømmingsregelens formål. Formålet med uttømmingsregelen er som tidligere nevnt at staten skal få mulighet til å forhindre eller avbøte påstand om krenkelse av konvensjonsrettighetene.²⁰² Norske domstoler har hatt mange muligheter til å rette opp i den konvensjonsstridige praksis. Høyesterett erkjente

²⁰² Se oppgavens avsnitt 3.2.

selv i Rt. 2010 s. 1170 at ankeadgangen har vært benyttet i atskillig utstrekning under henvisning til at det ikke har vært gitt begrunnelse.²⁰³

Høyesterett la som nevnt til grunn i Rt. 2010 s. 1170 at domfelte kunne ha påberopt seg den praksis fra Komiteen som avgjørelsen i Restauratørsaken bygget på. Dette kan ses som en påstand om at silingsordningen kunne ha vært endret dersom kjæremåls/ankeutvalget hadde fått seg forelagt denne praksisen. Spørsmålet er om dette kan få betydning for effektivitetsvurderingen. Dette spørsmålet kom på spissen i EMDs avgjørelse i *Guatrin m.fl. mot Frankrike*. Staten påberopte i denne saken at nasjonal praksis kunne ha vært endret, under henvisning til at domstolene stadig reviderte egen praksis i lys av avgjørelser i EMD. Denne anførselen førte ikke frem i EMD. Det avgjørende måtte etter domstolens mening være at både nasjonal lovgivning og etablert rettspraksis talte for at klagerens sak ikke ville føre frem. Et tilsvarende resonnement kan gjøres gjeldende for den norske ankeadgangen. Når det fulgte av både straffeprosessloven og etablert praksis i Kjæremålsutvalget at det «i alminnelighet» ikke kunne kreves begrunnelse, kan det ikke sies å ha foreligget en rimelig sjanse til å vinne frem, på tross av at konvensjonspraksis kunne ha vært anført. Hvorvidt praksisen kunne ha vært endret utgjorde kun en teoretisk mulighet. Det vises til avgjørelsen i *Gussenbauer mot Østerrike*, hvor det ble lagt til grunn at dette ikke er tilstrekkelig.

En annen sak er at spørsmålet om begrunnelsesplikt kanskje ikke kan sies å ha vært endelig avgjort av kjæremålsutvalget, dersom det er slik at den relevante praksis fra Komiteen ikke har blitt fremlagt utvalget i de nevnte avgjørelser. Slik jeg ser det, er det i denne forbindelse naturlig å se hen til reglene om klagerens plikter etter uttømmingsregelen. Som nevnt i oppgavens avsnitt 3.4 plikter klageren å underbygge en påstand om krenkelse med tilstrekkelig rettslig argumentasjon. Bestemmelsen i SP artikkel 14 nr. 5 har som vist blitt påberopt som grunnlag for påstand om krenkelse av begrunnelsesplikten for norske domstoler. Ettersom kravet til begrunnelse ikke fremgår av ordlyden i SP artikkel 14 nr. 5, kan det

²⁰³ Avsnitt 78.

imidlertid spørres om det etter uttømmingsregelen må kreves at Komiteens praksis har blitt påberopt eksplisitt for nasjonale organer.

Det er som nevnt ikke et krav at klageren har påberopt konvensjonen, eller bestemte artikler i konvensjonen, så fremt det er vist til «arguments to the same effect». Det avgjørende etter konvensjonspraksis synes å være at kjernen i konvensjonsklagen har vært fremført for nasjonale instanser. I denne sammenheng kan det derfor trolig heller ikke være et krav, at klager har påberopt bestemte avgjørelser fra Komiteen.²⁰⁴ Hvis klagen gjelder utilstrekkelig begrunnelse, vil det således som utgangspunkt være tilstrekkelig at klager har gjort gjeldende at avgjørelsen er utilstrekkelig begrunnet. Etter min mening kan det derfor heller ikke få betydning for effektivitetsvurderingen at Komiteens praksis ikke har blitt påberopt for Høyesterett.

²⁰⁴ Kjølbro (2012).

5 Avsluttende bemerkninger

Konklusjonen i denne oppgaven er at ankeadgangen over ubegrunnede ankenektelser trolig ikke kan sies å tilfredsstillere kravene til rettsmidler som kan kreves uttømt etter EMK og SP. En slik tolkning er i strid med den rettsoppfatning som ble lagt til grunn i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 1170. Spørsmålet er dermed om en slik tolkning kan svekke vekten av Høyesteretts avgjørelse.

Det er på den ene siden en kjensgjerning at en enstemmig storkammeravgjørelse har svært stor vekt som rettskildedefaktor. Selv om Høyesteretts uttalelser om uttømmingsregelen må sies å være et obiter dictum, fremgår det klart at retten med dette ønsket å gi føringer for håndteringen av andre saker.²⁰⁵ Den etablerte rettsoppfatningen må videre antas å ha skapt retts- og påtalepraksis.²⁰⁶ På den andre siden plikter norske rettsanvendere å tolke konvensjonen i samsvar med praksis fra håndhevingsorganene i EMK og SP.²⁰⁷ Dette gjelder særlig overfor en slik etablert og langvarig internasjonal praksis. Etter min mening er rettstilstanden derfor uklar.

Rettsanvendere som søker å påberope at anke over ubegrunnede ankenektelser ikke kan kreves uttømt, vil etter min mening kunne angripe Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 1170 på to måter. Rettsanvenderen kan for det første velge å se bort i fra Høyesteretts avgjørelse, under henvisning til at premissene er i strid med konvensjonsorganenes praksis. En annen innfallsvinkel er å tolke avgjørelsen innskrenkende på bakgrunn av de krav som er oppstilt i EMK og SP. Dette vil i praksis medføre at alle ubegrunnede ankenektelser vil kunne kreves gjenopptatt.

²⁰⁵ Se oppgavens avsnitt 2.4.3.

²⁰⁶ RA-2010-490 avsnitt 3 og 4.

²⁰⁷ Se oppgavens avsnitt 1.3.

Vektige reelle hensyn taler mot å sette til side eller tolke Høyesteretts avgjørelse innskrenkende. Dersom denne tolkningen legges til grunn, vil det måtte ventes et hav av gjenåpningsbegjæringer. Spørsmålet berører potensielt beslutninger om ankesiling fra seks lagdømmer helt tilbake til 1. august 1995.²⁰⁸ En ubetinget rett til gjenåpning vil kunne føre til store økonomiske og administrative utfordringer.

Den stadige utviklingen av konvensjonsrettighetene, taler for at lignende problemstillinger også vil kunne reise seg i fremtiden. Norske domstoler står overfor store utfordringer med hensyn til å holde følge med konvensjonsorganenes dynamiske tolkning av de ulike rettighetene. Dersom avgjørelsen i Rt. 2010 s. 1170 settes til side eller tolkes innskrenkende, vil et krav om gjenåpning trolig også kunne påberopes dersom norske domstoler har oversett relevant konvensjonspraksis om andre rettigheter. Problemstillingen har således betydning utenfor denne oppgavens tema, og dette bør få betydning for tolkningen.

Norske domstoler har hittil ikke vært villige til å fravike kravet om uttømming som vilkår for gjenåpning av ubegrunnede ankenektelser. Høyesteretts ankeutvalg fant det senest i år enstemmig klart at en anke på grunnlag av dette spørsmålet ikke kunne føre frem.²⁰⁹

Det er i alle tilfeller Komiteen som har det siste ord i spørsmålet om ankeadgangen over ubegrunnede ankenektelser var tilgjengelig, effektiv og tilstrekkelig. Spørsmålet vil dermed stå åpent inntil Komiteen eventuelt får seg forelagt spørsmålet.

²⁰⁸ Rt. 2010 s. 1170 avsnitt 62.

²⁰⁹ HR-2012-1467-U, Borgarting lagmannsretts beslutning av 21. mai 2012, Oslo tingretts dom av 16. januar 2012.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

6.2 Traktater

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller) av 4. november 1950 (EMK)

International Covenant on Civil and Political Rights (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter) av 16. desember 1966 (SP)

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter), av 16. desember 1966

Vienna Convention on the Law of Treaties (Wienkonvensjonen om traktatretten) av 23. mai 1969

6.3 Forarbeider

6.3.1 Norske forarbeider

NOU 1992: 28	To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker
NOU 2001: 32	Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NUT-1969-3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
Innst. O. nr. 135 (1992-1993)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv (to-instansbehandling, anke og juryordning)
Ot. prp. nr. 78 (1992-1993)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (to-instansbehandling, anke og juryordning)
Ot. prp. nr. 70 (2000-2001)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (gjenopp-takelse)
Lovvedtak 3 (2010-2011)	Vedtak til lov om endringer i straffeprosessloven mv.

6.3.2 Internasjonale forarbeider og uttalelser

Travaux Preperatoires of The Convention of Human Rights vol. IV.

Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights. (<http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Site=CM>)

UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 3: Article 2 (Implementation at the National Level), 29. juli 1981.

(<http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fe0.html>)

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Høyesterett

Rt. 1992 s. 1186

Rt. 1996 s. 793

Rt. 1996 s. 802

Rt. 1998 s. 710

Rt. 1999 s. 259

Rt. 1999 s. 679

Rt. 1999 s. 691

Rt. 2000 s. 126

Rt. 2000 s. 996 [plenum]

Rt. 2000 s. 1710

Rt. 2000 s. 2110

Rt. 2002 s. 557 [plenum]

Rt. 2002 s. 1733

Rt. 2003 s. 359 [plenum]

Rt. 2004 s. 148

Rt. 2006 s. 1409 [plenum]

HR-2006-1304-U

Rt. 2008 s. 1764 [storkammer]

Rt. 2009 s. 77

HR-2010-1096-U

Rt. 2010 s. 1170 [storkammer]

HR-2012-1467-U

6.4.2 Lagmannsrettene

Borgarting lagmannsretts beslutning av 1. juni 2006
Borgarting lagmannsretts beslutning av 26. februar 2007
Frostating lagmannsretts kjennelse av 1. august 2008
Gulating lagmannsretts kjennelse av 2. juni 2009 (RG-2009-738)
Borgarting lagmannsretts beslutning 21. mai 2012 (LB-2012-59463)

6.4.3 Tingrettene

Sarpsborg tingretts dom av 11. januar 2006
Nordmøre tingretts dom av 30. mai 2008
Oslo tingretts dom av 20. august 2009
Oslo tingretts dom av 16. april 2010 (TOSLO-2009-152779)
Moss tingretts dom av 3. september 2010 (TMOSS-2010-133412)
Oslo tingretts dom av 16. januar 2012 (TOSLO-2011-176957)

6.4.4 Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker

Avgjørelse av 17. desember 2008 (GK-2008-139)
Avgjørelse av 20. august 2009.

6.4.5 Den europeiske menneskerettsdomstol (Strasbourg)

Alle avgjørelser er sitert fra Hudoc: <http://www.echr.coe.int/>

Navn:

De Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia [plenum]

Applikasjonsnummer:

no. 2832/66; 2835/66; 2899/66
(18.06.71)

Golder mot Storbritannia [plenum]	no. 4451/70 (21.02.75)
Klass og andre mot Tyskland [plenum]	no. 5029/71 (06.09.78)
Marckz mot Belgia [plenum]	no. 6833/74 (13.06.79)
Silver og andre mot Storbritannia	no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 (25.03.83)
Guzzardi mot Italia [plenum]	no. 7367/76 (06.11.80)
Van Oosterwijck mot Belgia [plenum]	no. 7654/76 (06.11.80)
Campbell og Fell mot Storbritannia	no. 7819/77; 7878/77 (28.06.84)
De Jong, Baljet og Van Den Brink mot Nederland	no. 8805/79; 8806/79; 9242/81 (22.05.84)
Leander mot Sverige	no. 9248/81 (26.03.87)
Boyle og Rice mot Storbritannia [plenum]	no. 9659/82; 9658/82 (27.04.88)
Englert mot Tyskland [plenum]	no. 10282/83 (25.08.87)
Hauschildt mot Danmark [plenum]	no. 10486/83 (24.05.89)
The Holy Monasteries mot Hellas	no. 13092/87; 13984/88 (09.12.94)
Vilvarajah og andre mot Storbritannia	no. 13163/87; 1314/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87 (30.10.91)
Hentrich mot Frankrike	no. 13616/88 (22.09.94)
Soering mot Storbritannia [plenum]	no. 14038/88 (07.07.89)
Open Door og Dublin Well Woman mot Irland [plenum]	no. 14234/88; 14235/88 (29.10.92)
Ankerl mot Sveits	no. 17748/91 (23.10.96)
Akdivar og andre mot Tyrkia [storkammer]	no. 21893/93 (16.09.96)
Chahal mot Storbritannia [storkammer]	no. 22414/93 (15.11.96)
Sidiropoulos og andre mot Hellas	no. 26695/95 (10.07.98)
Fressoz og Roire mot Frankrike [storkammer]	no. 29183/95 (21.01.99)
Civet mot Frankrike [storkammer]	no. 29340/95 (28.09.99)
Kudla not Polen [storkammer]	no. 30210/96 (26.10.00)
Walden mot Liechtenstein [avvisningsavgjørelse]	no. 33916/96 (16.03.00)

Gautrin og andre mot Frankrike	no. 38/1997/822/1025–1028 (20.05.98)
P.G. og J.H. mot Storbritannia	no. 44787/98 (25.09.01)
Öneryildiz mot Tyrkia [storkammer]	no. 48939/99 (30.11.04)
Melnik mot Ukraina	no. 7286/01 (28.03.06)
Augusto mot Frankrike	no. 71665/01 (11.01.07)
Belevitsky mot Russland	no. 72967/01 (01.03.07)
Jussila mot Finland [storkammer]	no. 73053/01 (23.11.06)
H.G. og G.B. mot Østerrike	no. 11084/02; 15306/02 (02.06.05)
Jelicic mot Bosnia-Hercegovina	no. 41183/02 (15.11.05)
Nada mot Sveits [storkammer]	no. 10593/08 (12.09.12)

6.4.6 Den europeiske menneskerettskommisjon (Strasbourg)

Alle avgjørelser er sitert fra Hudoc: <http://www.echr.coe.int/>

<u>Navn:</u>	<u>Applikasjonsnummer:</u>
Lawless mot Irland [plenum]	no. 332/57 (19.12.59)
Nielsen mot Danmark [plenum]	no. 343/57 (15.03.61)
Østerrike mot Italia	no. 788/60 (11.01.61)
X. mot Sverige [plenum]	no. 1739/62 (02.03.64)
Gussenbauer mot Østerrike [plenum]	no. 4897/71 (22.03.72)
X. mot Tyskland [plenum]	no. 6271/73 (13.05/76)
X. mot Storbritannia [plenum]	no. 6840/74 (12.05.77)
Campbell mot Storbritannia [plenum]	no. 7511/76 (15.12.77)
H. mot Belgia [plenum]	no. 8950/80 (16.05.84)
Schlumpf mot Frankrike [plenum]	no. 11425/85 (05.10.87)
Cremiaux mot Frankrike [avvisningsavgjørelse]	no. 11471/85 (19.01.89)
Ugurlukoc mot Tyskland [plenum]	no. 11945/86 (12.03.87)
M. mot Frankrike [plenum]	no. 12023/86 (23.01.87)
Jensen mot Danmark [avvisningsavgjørelse]	no. 14063/88 (07.01.91)

Modinos mot Kypros [avvisningsavgjørelse]	no. 15070/89 (06.12.90)
J.R. mot Tyskland [avvisningsavgjørelse]	no. 22651/93 (18.10.95)
Lethinen mot Finland [avvisningsavgjørelse]	no. 39076/97 (14.10.99)

6.4.7 FNs menneskerettskomité (Genève)

Alle avgjørelser er sitert fra SIMs case-law: <http://sim.law.uu.nl/>

<u>Navn:</u>	<u>Kommunikasjonsnummer:</u>
Pinkney mot Canada	no. 27/1977 (29.10.81)
N.S. mot Canada	no. 26/1978 (28.07.78)
C.F., M.L. og J.-L.L. mot Canada	no. 113/1981 (10.04.85)
Hammel mot Madagaskar	no. 155/1983 (03.04.87)
R.T. mot Frankrike	no. 262/1987 (30.03.89)
Reynolds mot Jamaica	no. 229/1987 (08.04.91)
Pratt og Morgan mot Jamaica	no. 210/1986; 225/1987 (06.04.89)
A. og S.N. mot Norge	no. 224/1987 (11.07.87)
Ballantyne, Davidson og McIntyre mot Canada	no. 359/1989; 385/1989 (31.03.91)
Graham og Morrison mot Jamaica	no. 461/1991 (25.03.96)
X. mot Australia	no. 557/1993 (16.07.96)
Triboulet mot Frankrike	no. 661/1995 (29.07.97)
Faure mot Australia	no. 1036/2001 (31.10.05)
Kazantzis mot Kypros	no. 972/2001 (07.08.03)
Rajapakse mot Sri Lanka	no. 1250/2004 (14.07.06)
Lnenicka mot Tsjekkia	no. 1484/2006 (25.03.08)
Zdenek og Ondracka mot Tsjekkia	no. 1533/2006 (31.10.07)
A. A. mot Norge	no. 1542/2007 (17.07.08)
Warsame mot Canada	no. 1959/2010 (21.07.11)

6.5 Uttalelser

Riksadvokaten – Retningslinjer 13. oktober 2010: *Høyesteretts storkammeravgjørelse 12. oktober 2010 i HR-2010-1703-S – gjenåpning av straffesaker ved ubegrunnet ankesiling* (RA-2010-490).

6.6 Bøker

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter* (2. utgave). Fagbokforlaget, 2004.

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess: Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer* (4. utgave). Universitetsforlaget, 2009.

Bårdsen, Arnfinn. *Krenkelser og klager*. Universitetsforlaget, 1999.

Danelius, Hans. *Conditions of Admissibility in the Jurisprudence of The European Commission of Human Rights*. Human Rights Law Journal, 1969.

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Cappelen Akademisk Forlag, 2004.

Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (3. utgave). Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2010.

Möller, Jakob Th. og de Zayas, Alfred. *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008: A Handbook*. N. P. Engel, Publisher, 2009.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademisk Forlag, 2002.

Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Engen Verlag, 2005.

Zwart, Tom. *The Admissibility of Human Rights Petitions – The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*. Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

6.7 Artikler

Backer, Inge Lorange. *Den europeiske menneskerettsdomstol - Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet*. Nytt norsk tidsskrift 2009 side 278-285.

Bendiksen, Lena Renate L. *Dommer og avvisningsavgjørelser av den europeiske menneskerettighetsdomstol som rettskilder*. Rettshjelp fra kyst til vidde - Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år 2009 side 58-76.

Frøberg, Thomas. *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor*. Jussens Venner 2007 side 176.

6.8 Nettsider

The European Court of Human Rights. *Annual Report 2001*. Tilgjengelig på:
<http://www.echr.coe.int>.

Emberland, Marius. Oppgavegjennomgang internasjonale menneskerettigheter. Universitetet i Oslo, 2005. Tilgjengelig på: http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR2000/v05/JUR2000-2-3/undervisningsmateriale/Oppgavegjennomgnag_Kurs_IntMR_2avd_v2005.doc

6.9 Personlige meddelelser

Kjølbros, Jon Fridrik. E-post 7. november 2012.