

UiO : **Det juridiske fakultet**

Begrunnelse for ankenektelse i straffesaker

Straffeprosessloven § 321 annet ledd første punktum

Kandidatnummer: 655

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 17 975



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oversikt over emnet	1
1.2	Aktualitet	4
1.3	Presisering av avhandlingens tema.....	6
1.4	Kilde og metode	7
1.5	Begrepsavklaring	11
1.6	Avgrensning	12
1.7	Videre fremstilling.....	14
2	GENERELT OM RETTSMIDDELADGANGEN - SILINGSPROSESSEN	15
2.1	Storkammeravgjørelsen - Rt. 2008 s. 1764	15
2.2	Lagmannsrettens som ankeinstans	16
2.3	Silingsprosessen	21
2.4	Kravet om reell overprøving	24
2.5	Vilkåret: «klart at anken ikke vil føre frem»	31
2.6	Kravene til saksbehandlingen etter EMK artikkel 6 nr. 1	33
3	NÆRMERE OM KRAVENE TIL BEGRUNNELSENS INNHOLD	35
3.1	Innledning.....	35
3.2	Presiseringen av kravets innhold etter praksis.....	36
3.2.1	Nedre grense	36
3.2.2	Øvre grense	36
3.3	Kravet til begrunnelsen ved fullstendige anker	38
3.3.1	Anke over bevisvurderingen under skyldspørsmålet	38
3.4	Kravet til begrunnelsen ved begrensede anker	44
3.4.1	Anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet	45

3.4.2	Anke over straff eller andre reaksjoner som nevnt i straffeprosessloven § 2 nr. 1	45
3.4.3	Anke over saksbehandlingen	49
3.5	Kravene til begrunnelsen som følger av EMDs praksis	51
3.6	Lagmannsrettens mulighet til å henvise til tingrettens domsgrunner	53
4	BEGRUNNELSESKRAVET I PRAKSIS.....	55
4.1	I hvilken grad silingsprosessen kan synes tilstrekkelig.....	55
4.2	Omfanget i praksis – statistisk analyse.....	58
4.3	Muligheten til videre forskning	65
5	LITTERATURLISTE.....	67

1 Innledning

1.1 Oversikt over emnet

Tema for denne avhandlingen er lagmannsrettens begrunnelsesplikt ved beslutning om ankenektelse etter straffeprosessloven¹ § 321 annet ledd. Bestemmelsen angir de materielle silingskriteriene for når en anke skal henvises til behandling. Hovedregelen er at anken henvises, med mindre retten finner det «*klart at den ikke vil føre frem*», jf. straffeprosessloven § 321 annet ledd første punktum. Basert på tingrettens dom og sakens øvrige dokumenter skal lagmannsretten foreta en forhåndsprøving av anken.² Anken kan være begrenset til de enkelte tiltalepunkter eller ankegrunnene, og lagmannsretten har kompetanse til å begrense henvisningen til den del den finner tvil om jf. straffeprosessloven § 321 femte ledd.³ Avgjørelsen treffes som beslutning og dersom anken nektes fremmet, skal den som et unntak fra straffeprosesslovens ordning begrunnes. Avhengig av sakens art og kompleksitet og hvem som påanker dommen, vil kravene til begrunnelsen variere fra å være summarisk og kortfattet til mer utførlige vurderinger av faktisk og rettslig art.⁴

For de aktuelle sakene oppstiller ikke loven noen ubetinget rett for domfelte til å få sin anke overprøvd av en høyere instans. Basert på en *full realitetsprøving*⁵ av anførslene skal lagmannsretten under forhåndsprøvingen avgjøre ankens framtidsutsikter. I følge tidligere rett var det – i forbindelse med at anken ble nektet fremmet - tilstrekkelig å oppgi

¹ Lov av 22. mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

² NOU 1992:28 s. 53

³ Lagmannsretten har etter denne bestemmelsen kompetanse til, helt eller delvis, å henvise anken til behandling. Se også prop. 141 L (2009-2010) s. 11

⁴ Jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 104-110. Se mer om denne under punkt 2.4

⁵ Rt. 2009 s. 1118

ankegrunnene og lovens vilkår som begrunnelse. I Rt. 2008 s. 1764⁶ kom imidlertid Høyesterett i storkammer enstemmig til at det som følge av SP artikkel 14 nr. 5 i Den internasjonale konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter,⁷ forelå en plikt til å begrunne en beslutning om å nekte en anke fremmet til behandling.

Målet med avhandlingen er å se hvordan retningslinjene som ble gitt i storkammeravgjørelsen er fulgt opp i praksis, og hvorledes praksis har foretatt ytterligere presisering av kravene til begrunnelsens innhold, med særlig vekt på bevissituasjonen under ankesilingen. Vilkåret om at anken skal undergis en reell overprøving er ett av flere kriterier begrunnelsen skal ivareta. Det ses derfor nærmere på om kravet til reell overprøving synes å være tilstrekkelig innfridd sett i forhold til behandlingsformen og hvorvidt begrunnelsen kan sies å være av en slik art den kan tilkjenne at en slik overprøving faktisk er foretatt. For å oppnå dette er det benyttet to metoder – en analytisk vurdering av rettspraksis og en enkel statistisk analyse av ankeomfanget på grunnlag av straffeprosessloven § 321 annet ledd.

Statistikken er avgrenset til anker i Borgarting lagmannsretts lagdømme. Bakgrunnen for valget var at det ville ta for lang tid å ta for seg alle lagdømmene. Samtidig er saksmengden i Borgarting lagmannsretts lagdømme så stor at det på grunnlag av disse skulle være mulig å få et relevant bilde av praksisen under straffeprosessloven § 321 annet ledd. Statistikken omfatter både anker til lagmannsretten og beslutninger om ankenektelser fra denne som er påanket til Høyesterett. En nærmere redegjørelse av den statistiske analysen er foretatt i del 4.2.

⁶ Heretter også omtalt som storkammeravgjørelsen

⁷ FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 (heretter SP)

For begrunnelsesplikten ble resultatet i storkammeravgjørelsen som kom som følge av uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité⁸ i den såkalte *Restauratørsaken* viktig.⁹ Etter en fortolkning av SP artikkel 14 nr. 5 kom Komitéen frem til at vi som følge av våre konvensjonsforpliktelser, herunder domfeltes rett til å overprøve domfellelsen, og for å sikre at retten er effektiv og reell, har plikt til å gi en passende begrunnelse, «*even if in brief form*», ved beslutning om å nekte en anke fremmet.

Retten kom som følge av at menneskerettsloven¹⁰ § 2 har gjort enkelte av menneskerettskonvensjonene med tilleggsprotokoller til norsk lov. Både SP artikkel 14 nr. 5 og artikkel 2 nr. 1 i Den syvende tilleggsprotokollen¹¹ til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon,¹² sikrer domfelte et minimumsnivå av prosessuelt vern i straffesaker.¹³ Det sentrale i bestemmelsene er at de sikrer domfelte en rett til behandling i to instanser samtidig som de overlater kompetansen til å regulere fremgangsmåten av sivilingsprosessen til statene, jf. at retten til å anke skal være i overensstemmelse med «*law*».¹⁴

Ettersom straffeprosessloven § 321 annet ledd klart forutsetter at det skal foretas en reell overprøving, må også selve grunnlaget for overprøvingen bygge på en forsvarlig behandlingsform. Begrunnelsen skal fremme sentrale rettssikkerhetsprinsipper av forskjellig art,

⁸ Heretter omtalt som Komitéen

⁹ Kommunikasjonsnummer 1542/2007 (heretter *Restauratørsaken*)

¹⁰ Lov 21. mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

¹¹ Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 22. november 1984 (heretter TP 7-2)

¹² Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950 (heretter EMK)

¹³ Eskeland (2006) s. 102

¹⁴ Jebens (2004) s. 580

og særlig for domfelte skal den tilkjennegi at dommen etter en forsvarlig vurdering gir uttrykk for et riktig resultat. I storkammeravgjørelsen ble det angitt generelle retningslinjer for hvilke krav som kan stilles til begrunnelsens omfang. Essensen er at den som utgangspunkt skal grunngi det som muliggjør ettervislighet av at anken har vært undergitt en reell overprøving, samtidig som det må følge av begrunnelsen at de påberopte feil er sett og hvorfor den klart ikke vil føre fram. Omfanget av begrunnelsen vil imidlertid variere betydelig og må avgjøres konkret i forhold til hver enkel sak.¹⁵

1.2 Aktualitet

Den 17. juli 2008 – i Restauratørsaken – kom Komitéen i en sak mot Norge frem til at manglende begrunnelse ved beslutning om å nekte en anke fremmet, representerte et konvensjonsbrudd av SP artikkel 14 nr. 5. Klagen gjaldt en restauranteier som i tingretten var blitt domfelt for flere økonomiske forhold. Det sentrale ved avgjørelsen var at domfelte hadde påanket tingrettens dom til lagmannsretten hvor anken ble nektet fremmet på grunnlag av straffeprosessloven § 321 annet ledd. Begrunnelsen bestod av en gjengivelse av ankegrunnene hvorfra lagmannsretten fant det klart at anken ikke ville føre fram. Realiteten var derfor at det ikke var gitt noen begrunnelse. Klagen til Komitéen rettet seg hovedsakelig mot lagmannsrettens manglende begrunnelse, og det ble anført at denne representerte et brudd på retten til overprøvelse etter SP artikkel 14 nr. 5.

Konvensjonsbestemmelsen gir domfelte en rett til en reell overprøving av både domfellelsen og straffeutmålingen. To sentrale momenter for en begrunnelsesplikt ble påpekt. Begrunnelsesplikten, «*even if in brief form*», er en forutsetning for å kunne si noe om hvorvidt lagmannsretten har foretatt en realitetsprøving av ankegrunnene, jf. «*review substantially*», og om avgjørelsen virker grundig og gjennomtenkt, se også Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 90. Uten en begrunnelse kunne det stilles spørsmål om en slik reell overprøving

¹⁵ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 104-106

overhodet forelå.¹⁶ Samtidig skulle begrunnelsen muliggjøre kontroll med at en reell overprøving faktisk hadde funnet sted. Kontrollmuligheten skulle være reell både for tiltalte og overordnet kontroll organ.¹⁷ På denne bakgrunn kom Komitéen frem til at det foreligger et krav om at beslutninger om ankenektelse må begrunnes.

I kjølvannet av Restauratørsaken, kom Høyesterett i storkammer, jf. Rt. 2008 s. 1764, frem til – som følge av rekkevidden¹⁸ av Komitéens tolkning av SP artikkel 14 nr. 5 – at kravet om reell overprøving gjelder for alle saker som har vært gjenstand for siling. Som følge av forrangsbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3, ble resultatet at Komitéens tolkning måtte gå foran straffeprosesslovens ordning om at beslutninger som hovedregel ikke nødvendiggjør begrunnelse. Med dette fulgte det en lovpålagt plikt til å begrunne beslutninger om ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd.¹⁹ Manglende begrunnelse ble således ansett for å være en saksbehandlingsfeil, som måtte føre til opphevelse av lagmannsrettens beslutning.²⁰ Avgjørelsen er av prinsipiell betydning og gir generelle retningslinjer for kravene til begrunnelsens nærmere innhold. For en nærmere redegjørelse av kjennelsen, se del 2.6.

¹⁶ Se prop. 141 L (2009-2010) s. 11

¹⁷ Se Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 91

¹⁸Rekkevidden skulle avgjøres gjennom et representativt utvalg av ankenektelser som skulle behandles i sammenheng. De øvrige kjennelsene følger opp storkammeravgjørelsen

¹⁹ Skoghøy (2011)

²⁰ Jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd, jf. § 343 første ledd

Ved endringslov 10. desember 2010 nr. 76 ble reglene om begrunnelsesplikt ved beslutning om ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd kodifisert. Endringen skulle gi uttrykk for at norsk prosess nå i større grad samsvarer med våre internasjonale forpliktelser. Lovendringen bestod av en tilføyelse i bestemmelsens femte ledd:

«Beslutninger etter annet ledd skal være begrunnet».

Ved lovrevisjonen foreslo departementet at den ikke skulle lovfeste nærmere krav til begrunnelsens innhold og konstaterte at:

«som flere av høringsinstansene gir uttrykk for, kan fastleggelsen av kravene til begrunnelsens innhold best overlates til rettspraksis».²¹

1.3 Presisering av avhandlingens tema

Ettersom den nærmere presiseringen av begrunnelsesplikten ble forutsatt overlatt til domstolene, vil det i avhandlingen bli redegjort for hvilke krav etterfølgende praksis har stilt til begrunnelsen. Hensikten med avhandlingen er å gå noe dypere i redegjørelsen av begrunnelseskravet enn den som følger av den systematiske inndelingen som ble brukt som utgangspunkt i storkammeravgjørelsen.

Det må imidlertid fremheves at Høyesterett (som oftest ankeutvalget) ved sin presisering forholder seg på et meget generelt plan, ettersom retningslinjene som blir avgitt der, skal kunne anvendes på et vidt omfang av etterfølgende saker. Det blir derfor en utfordring å si noe konkret om hvilke krav som gjelder, men så langt det lar seg gjøre, vil det bli foretatt en samordning av kravene som er stilt for de ulike ankegrunnlagene.

²¹ Prop. 141 L (2009-2010) s. 17-18

På bakgrunn av den statistiske analysen vil det gis en vurdering om begrunnelsesplikten innfrir sine tilsiktede formål, og hvordan omfanget etter straffeprosessloven § 321 annet ledd er i praksis.

Når det gjelder den statistiske analysen avgis det en årlig statistikk av Domstolsadministrasjonen over hvor mange straffeanker som behandles mv. Årsrapporten sonderer bare mellom anker behandlet i meddomsrett og i lagrette,²² og for denne avhandlingen var det interessant å se isolert på omfanget i praksis som følger av straffeprosessloven § 321 annet ledd. For å tilføye avhandlingen et ytterligere interessant grunnlag enn praksis, ble det derfor gjennomført en statistikk med en avgrensning til disse sakene.

1.4 Kilde og metode

Siden begrunnelsesplikten er relativt ny og er forankret både i nasjonale- og internasjonale rettskilder, kan det være hensiktsmessig å si noe om rettskildebildet for problemstillingen.

Lovfestelsen av begrunnelseskravet fremgår av straffeprosessloven § 321 femte ledd. Kravet er generelt formulert, utover pliktangivelsen presiseres ikke dens nærmere innhold. Ordlyden er naturligvis utgangspunktet ved fortolkningen, men den nærmere presiseringen ble som nevnt, forutsatt overlatt til rettspraksis - hvor Høyesterett etter nasjonal rett er den primære rettsutvikler. Det er derfor nødvendig å se hen til etterfølgende praksis, hvor det er foretatt en utpensling av de grove retningslinjene som ble avgitt i storkammeravgjørelsen. Begrunnelsen må videre ses på bakgrunn av det materielle kravet som oppstilles i bestemmelsens annet ledd, om at det må være «klart at anken ikke vil føre frem».

Ved fastleggelsen av begrunnelsespliktens innhold er det flere lovforarbeider som vil være av interesse. Her kan særlig nevnes forarbeidende til to-instansreformen NOU 1992:28 og

²²[http://www.domstol.no/upload/DA/Internett/da.no/Statistikk/Årsstatistikk%202012%20fo
r%20domstolene%20i%20andreinstans.pdf](http://www.domstol.no/upload/DA/Internett/da.no/Statistikk/Årsstatistikk%202012%20fo
r%20domstolene%20i%20andreinstans.pdf)

til endringene av straffeprosessloven prop. 141 L (2009-2010). Straffeprosesslovens system har de siste tiårene gjennomgått visse endringer. To- instansreformen trådte i kraft 1. august 1995, og medførte at norsk straffeprosesslov i større grad oppfyller kravene som følger av våre internasjonale forpliktelser,²³ herunder kravene som følger av SP artikkel 14 nr. 5 og TP 7-2. Bestemmelsene sikrer domfelte behandling i to instanser, og hovedformålet med reformen var å gi domfelte en utvidet adgang til å overprøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet.²⁴ Både formålet og de rettspolitiske hensynene som fremkom ved lovforberedelsen til to-instansreformen vil derfor kunne ha betydning for vurderingen av omfanget av begrunnelsesplikten. Det samme gjelder for øvrige lovforarbeider som vil ha betydning ved fortolkningen av kravene som følger av begrunnelsesplikten.

Ved vurderingen av hvilke krav som kan stilles til begrunnelsesplikten, er det flere hensyn som er sentrale. Begrunnelsen kan bidra til å fremme grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper og ankeretten er betraktet som en viktig del for å ivareta rettsikkerhetsgarantier.²⁵ Det er klart til fordel for domfelte, dersom denne ønsker det, at det skjer en reell overprøving av underinstansens dom. Denne får da funksjon av å være en sikkerhetsforanstaltning²⁶ om at den avgjørelsen som er dømt i mot ham, materielt sett er et *riktig resultat*. Begrunnelsen skal også sikre at retten foretar en samvittighetsfull vurdering av spørsmålene anken reiser og «*utelukke irrelevante hensyn*»,²⁷ samtidig som den skal muliggjøre å *overprøve* de overveielsene som ligger til grunn for vurderingen. Begrunnelsesplikten kan videre ha den virkning, både for allmennheten og for domfelte selv, at rettergangen *virker betryggende*. En betryggende prosessordning innebærer at «*den skal sikre at de faktiske forhold av betydning blir klarlagt og at de rettslige spørsmål*

²³ NOU 1992:28 s. 12 og s. 189 og Store norske leksikon (<http://snl.no/to-instansreformen>)

²⁴ NOU 1992:28 s. 173 og Jebens (2004) s. 580

²⁵ Hov (2007) s. 568

²⁶ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 90

²⁷ Skoghøy (2009)

blir riktig avgjort».²⁸ Av dette følger det krav til organiseringen av rettergangen slik at vi oppnår en økt *tillitt* til at vi står overfor et velfungerende rettssystem hvor lovreglene håndheves på en tilfredsstillende måte.²⁹ Selve silingsordningen kan bidra til å muliggjøre ønsket om en *rask og billig* rettergang.³⁰ Det at man har mulighet til å nekte en anke fremmet på det grunnlag at en ny behandling ikke vil ha noe for seg, kan medvirke til at man unngår bruk av unødvendig tid og ressurser på en sak som ikke gir grunnlag for det. Det skjer da en *effektivisering* av rettergangen ved at en avgrenset mengde av saker som det reises enkle spørsmål ved, henvises til behandling. Konsentrasjonen kan da skje rundt sakene som reiser spørsmål av en mer prinsipiell art.³¹

Begrunnelsesplikten ble konstatert som følge av våre internasjonale forpliktelser og den norske lovgivningen må derfor tolkes i lys av disse. For denne avhandlingen har avgjørelser fra to håndhevingsorganer – Komitéen og Den europeiske menneskerettighetsdomstol³² - vært av særlig betydning. Komitéen er håndhevingsorganet knyttet til SP. De aktuelle avgjørelsene er individklager som resulterer i at Komitéen avgir såkalte «*views*».³³ Avgjørelsene er formelt sett ikke bindene, men dette har imidlertid liten praktisk betydning, ettersom uttalelsene i praksis vil tillegges betydelig vekt som rettskilde ved vår fortolkning av konvensjonsforpliktelsene.³⁴ I motsetning til Komitéen, har EMD mandat til

²⁸ Andenæs (2010) s. 2 flg. og NOU 2006:10 s. 127

²⁹ Andenæs (2010) s. 2

³⁰ I.c

³¹ Hov (2007) s. 568 og Hov (2010) s. 124

³² Heretter EMD

³³ Høstmælingen (2012) s. 372

³⁴ Jf. Rt. 2008 s. 1764 hvor Høyesterett tok direkte stilling til rekkevidden av Komitéens fortolkning av SP og Skoghøy (2011)

å avgi rettslig bindende avgjørelser. Den internasjonale domstolen har til oppgave å behandle stats- og individklager om mulig brudd på EMK fra Europarådets medlemsland.³⁵

På bakgrunn av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, skal konvensjonsbestemmelsene «(.) ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Høyesterett har gjennom sin praksis angitt «*grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av forrangsbestemmelsen*», se Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45. Utgangspunktet er at norske domstoler selvstendig skal tolke konvensjonene gjennom samme tolkningsmetode som anvendes av EMD. Det betyr at «*norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser*», jf. avsnitt 45. Høyesterett skal imidlertid ikke lede an rettsutviklingen av konvensjonsvernet - EMD er det rettsutviklende håndhevingsorganet knyttet til EMK. Ved tvil om forståelsen er det klart at norske domstoler ved sin vurdering kan «*(...) trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning*», jf. avsnitt 45.³⁶

Ved tolkningen av konvensjonsbestemmelsene er det imidlertid viktig å ha for øyet at EMD ikke er en fjerdedomstol, jf. fjerdeinstansdoktrinen.³⁷ De nasjonale domstolene skal selv ta stilling til tvilsomme spørsmål, og må ikke ved sin fortolkning bygge inn sikkerhetsmarginer, i frykt for at Norge skal dømmes for konvensjonsbrudd, jf. Rt. 2000 s. 996. Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelse må det tas utgangspunkt i sakens faktiske side – dersom saksforholdene kan jevnføres vil avgjørelsen ha vekt, jf. Rt. 2005 s. 833 avsnitt 47. Samtidig må det tas hensyn til at konvensjonene utvikler seg over tid, det samme gjelder også for hva som anses for konvensjonsbrudd, jf. Rt. 2009

³⁵ Høstmælingen (2012) s. 386

³⁶ Tolkningsprinsippene videreføres i Rt. 2008 s. 1764 når det gjelder verdiprioriteringer innenfor det nasjonale rettssystemet og deres rolle, se Andenæs (2010)

³⁷ Doktrinen gir støtte for at nasjonale domstoler som regel er bedre egnet enn EMD til å foreta konkrete vurderinger, se Jebens (2004) s. 62

s. 252 avsnitt 18. På denne bakgrunn vil EMDs tolkningspraksis kunne være noe annerledes enn hva som følger av nasjonale tolkningsprinsipper. De samme betraktningene som er redegjort for i forbindelse med EMD må ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen også kunne gjøres gjeldene for avgjørelser som følger av Komitéen, se også Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 73-81.

Ved vurderingen av hvilke krav som kan stilles til begrunnelsen foreligger det således et sammensatt rettskildetilbilde hvor disse kildene vil få en vekselvirkning av betydning.

Selv om Høyesterett for den nasjonale retten er den primære rettsutviklende kilden, vil den i sine avgjørelser legge betydelig vekt på fortolkninger både fra EMD og Komitéen.

1.5 Begrepsavklaring

Selve prosessen, den foreløpige prøvingen av saken, omtales som *ankesiling*, *silingsprosess* eller *forhåndsprøving*. Begrepene vil i det følgende brukes om hverandre. Dersom anken blir besluttet fremmet til ordinær behandling for lagmannsretten, såkalt *ankeforhandling*, heter det at anken *henvises*.³⁸ Avgjørelse om at anken nektes fremmet treffes i form av beslutning. Dersom retten finner det klar at anken ikke vil føre frem, omtales dette som *beslutning om ankenektelse* eller *silingsbeslutning*. Beslutninger skal etter lovens system som hovedregel ikke begrunnes.³⁹ Høyesterett har imidlertid konstatert at det gjelder et unntak for beslutninger etter straffeprosessloven § 321 annet ledd, jf Rt. 2008 s. 1764. Når det senere i avhandlingen dreier seg om avgjørelser i beslutnings form, menes det beslutning i sistnevntes betydning, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

³⁸ Jf. straffeprosessloven § 325

³⁹ Jf. straffeprosessloven § 53

1.6 Avgrensning

Straffeprosessloven § 321 angir den saklige rekkevidden av ankeretten, og sonderer mellom en tredeling av saker, inndelt etter alvorlighetsgrad av det påtalte lovbrudd, jf. første til tredje ledd.⁴⁰ Et ytterpunkt er bestemmelsens første ledd som regulerer de minst alvorlige sakene og er på grunn av prosessøkonomiske hensyn systematisert som en samtykkeordning.⁴¹ Hovedregelen her er at det ikke gjelder noen ankerett.⁴² Det innebærer at saken ikke kan fremmes uten rettens samtykke, og samtykke skal bare gis «når særlige grunner taler for det».⁴³ Motstykket er de mest alvorlige sakene som reguleres av bestemmelsens tredje ledd, de såkalte «6 års-sakene», hvor utgangspunktet er at domfelte har en ubetinget rett til overprøving. Mellom disse ytterpunktene reguleres tilfellene som subsumeres under straffeprosessloven § 321 annet ledd, som er den «egentlige»⁴⁴ silingsbestemmelsen. Det er etter denne bestemmelsen at begrunnelsesplikten er særlig aktuell og avhandlingen avgrenses følgelig til saker som subsumeres under denne. Bestemmelsen lyder som følgende:

«Anke til lagmannsretten kan for øvrig nektes fremmet når retten finner det klart at anken ikke vil føre frem. Anke fra påtalemyndigheten som ikke er til gunst for siktede, kan også nektes fremmet når retten finner at anken gjelder spørsmål av mindre betydning, eller at det ellers ikke er grunn til at anken blir prøvd».

⁴⁰ Andenæs (2010) s. 480 flg.

⁴¹ NOU 1992:28 s. 55

⁴² Bjerke (2011) s. 1133

⁴³ Jf. straffeprosessloven § 321 først ledd

⁴⁴ Bjerke (2011) s. 1132

Hovedregelen er at anken skal henvises til behandling, selv om tallene etter praksis kan synes motsatt.⁴⁵ Bestemmelsen bygger på en nektelsesordning,⁴⁶ som innebærer at retten kan nekte anken fremmet dersom den finner det klart at den ikke vil føre frem. Prosessøkonomisk representerer annet ledd sakene den største kategorien, og de fleste ankene subsumeres under denne, jf. del 4.2 med videre henvisning til NOU 1992:28.

Straffeprosessloven § 321 annet ledd annet punktum regulerer tilfellene hvor påtalemyndigheten foretar en anke som ikke er til siktedes gunst. Det er andre hensyn som gjør seg gjeldende her. Påtalemyndigheten er ikke beskyttet under konvensjonsvernet,⁴⁷ de er ikke en del av «*enhver*», jf. SP artikkel 14 nr. 5 og TP 7-2. Samtidig kan det heller ikke utledes noe om begrunnelsesplikten ved anker fra påtalemyndigheten i storkammeravgjørelsen. På denne bakgrunn avgrenses det videre mot denne.⁴⁸ Av samme årsaker som ovenfor avgrenses det også mot anker fra påtalemyndigheten til siktedes gunst. Det er naturlig å anta at like anker uansett nesten unntaksvis vil henvises om de ikke avgjøres uten ankeforhandling etter straffeprosessloven § 344.

En beslutning om å nekte en anke fremmet etter straffeprosessloven § 321 annet ledd kan påankes til Høyesterett. Avhandlingen vil konsentrere seg om en redegjørelse av lagmannsrettens kompetanse og plikter, og avgrenses således hovedsakelig til denne. Anke til Høyesterett og dennes kompetanse vil omtales nærmere der dette finnes naturlig og hvor det anses som nødvendig for en helhetlig fremstilling av silingsordningen.

⁴⁵ Statistikk for lagmannsrettene per domstol 2012 viste at silingsprosenten totalt for alle saker som ble henvist i Borgarting lagmannsrett var på 36,0 % i 2012

⁴⁶ NOU 1992:28 s. 143

⁴⁷ Rt. 2010 s. 1487 avsnitt 16

⁴⁸ Selv om det etter prop. 141 L (2009-2010) s. 16-17 er klart at også disse ankene skal begrunnes

1.7 Videre fremstilling

Avhandlingen vil bestå av tre hoveddeler. Det vil først redegjøres for den generelle rettsmiddeladgangen under del 2. Hensikten er å redegjøre for det mer fundamentale rundt ankeadgangen for å kunne vurdere begrunnelsesplikten i en større kontekst. Det vil følgelig bli redegjort for det mer grunnleggende som domfeltes rett til å få overprøve en avgjørelse under en høyere instans, selve silingsprosessen og hvilke endringer begrunnelsesplikten har medført for ordningen – som man gjerne ser på som et resultat av at lagmannsrettens beslutninger er blitt opphevet av Høyesterett etter anke på grunnlag av mangelfull saksbehandling. I del 3 vil det bli forsøkt å gi en redegjørelse av de retningslinjene til begrunnelsen som er foretatt av domstolene. Til slutt i del 4 gis det en vurdering av hvordan begrunnelseskravet fungerer i praksis og om den innfrir de tilsiktede hensynene.

2 Generelt om rettsmiddeladgangen - silingsprosessen

2.1 Storkammeravgjørelsen - Rt. 2008 s. 1764

Det sentrale i storkammeravgjørelsen er som nevnt at Høyesterett kom frem til at det som følge av SP artikkel 14 nr. 5 gjelder en generell regel om at beslutninger om ankenektelse skal begrunnes. Domfelte hadde tidligere samme år – for flere økonomiske forhold - blitt dømt til ett år og fire måneders fengsel, samt enkelte andre straffereaksjoner. Domfelte påanket dommen på grunnlag av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, lovanvendelsen og reaksjonsutmålingen. Lagmannsretten besluttet anken nektet fremmet og ga ikke noen begrunnelse ut over at den enstemmig fant det klart at anken ikke ville føre frem.

Beslutningen ble påanket til Høyesterett med påstand om opphevelse og gjaldt lagmannsrettens saksbehandling på det grunnlag at beslutningen skulle ha vært begrunnet. Som følge av Restauratørsaken og menneskerettsloven § 3 forelå det således en generell plikt til å begrunne ankenektelser, *«selv om omfanget av den begrunnelse som kan kreves, vil variere betydelig»*, jf. avsnitt 118.

Etter avgjørelsen vil kravene variere med økende styrke fra anker som rubriseres som oversiktelige fra anker av en mer kompleks art. Avgjørelsen er således det prinsipielle utgangspunktet for den nærmere presiseringen av kravene til begrunnelsesplikts innhold. Kjennelsen er konstant lagt til grunn i etterfølgende praksis hvor forskjelligartede saker har bidratt til dens presisering.

Essensen av kjennelsen er at begrunnelsen skal dokumentere at det er foretatt en reell overprøving, se avsnitt 104-106. Selv om denne gjerne er utført summarisk – som også vil være i tråd med hva Komitéen har godtatt – skal den være knyttet til det som anføres i anken. Det innebærer at feil som påberopes ved tingrettens avgjørelse må fremstå som oppfattet og ligge til grunn for hvorfor anken *«klart (...) ikke kan føre frem»*, jf. Straffeprosessloven

§ 321 annet ledd. Begrunnelsen er også viktig for å muliggjøre for Høyesteretts ankeutvalg å kontrollere den saksbehandling som er foretatt av lagmannsretten.⁴⁹ Sakenes kompleksitet og forskjellighet vil nødvendigvis medføre at kravet til begrunnelsen vil variere fra utførlige vurderinger av faktisk og rettslig art, til kun noen få setninger. Det vil være rimelig å anta at mens saksbehandlingsankener og anker over straffutmålinger vil representere den ene ytterligheten, vil komplekse bevisanker falle under den utdypende kategorien. Er det ikke mulig å gi en slik begrunnelse for å nekte saken fremmet må konklusjonen bli at saken henvises til ordinær ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 325 første ledd.⁵⁰

For en nærmere redegjørelse av begrunnelsespliktens omfang, se del 3.

2.2 Lagmannsrettens som ankeinstans

Lagmannsretten er den ordinære instans for anker over tingrettens dom i straffesaker.⁵¹ Utgangspunktet er at dommer av tingretten kan påankes av begge parter, og straffeprosessloven § 321 annet ledd kommer til anvendelse både for anke fra påtalemyndigheten og fra tiltalte.⁵² Forutsetningen for overprøvingen er at det er inngitt en ankeerklæring som oppfyller lovens materielle vilkår.⁵³ Ved å opplyse hva som er ankens gjenstand og over hvilket grunnlag dommen påankes, angir erklæringen hva som er ankens tema.⁵⁴

⁴⁹ Jf. straffeprosessloven § 321 sjettedde ledd

⁵⁰ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 104-106

⁵¹ Jf. straffeprosessloven § 306 første ledd, jf. § 6 nr. 1

⁵² Prop. 141 L (2009-2010) s. 140

⁵³ Jf. straffeprosessloven § 314 første ledd nr. 1 – 3. Motsatt fall foreligger det en mangel som kan føre til avvisning etter straffeprosessloven § 319. Det stilles ikke store spesifiseringskrav til ankegrunnene. Det gjelder imidlertid et unntak for saksbehandlingsankene, jf. straffeprosessloven § 314 annet ledd, se Andenæs (2010) s. 474-477

⁵⁴ NOU 2011:13 s. 118

Ankegjensstanden identifiserer den angrepne dom og angir «om anken gjelder hele dommen eller bare de enkelte tiltaleposter, og om den omfatter avgjørelse om inndragning eller mortifikasjon». ⁵⁵ Dersom de pådømte forhold er flere tiltaleposter i *realkonkurrens*, kan det oppstå særlige spørsmål. Det er den enkelte *handling* ⁵⁶ som er avgjørende for om anken skal vurderes etter § 321 annet ledd. Hvilken betydning dette har for tilfeller hvor det foreligger handlinger i realkonkurrens, følger det av juridisk litteratur at flere tiltaleposter i realkonkurrens kan få den betydning at ulike handlinger må vurderes i henhold til forskjellige ledd i § 321. Vurderingen kan, selv hvor alle handlingene vurderes etter annet ledd, falle forskjellig ut for de forskjellige ledd i bestemmelsen. ⁵⁷

Ved *idealkonkurrens* er hovedregelen at handlingen som sådan er ankegjensstand. Handlingen vurderes under ett, og det strengeste straffebudet i idealkonkurrensen blir avgjørende for hvilket ledd i § 321 anken subsumeres under. ⁵⁸

Ankegrunnene angir hvilke sider av dommen anken gjelder og eventuelt hvilke feil som påberopes. ⁵⁹ De deles gjerne inn i fire hovedgrupper, ⁶⁰ bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, lovanvendelsen under skyldspørsmålet, saksbehandlingen og avgjørelsen om straff eller rettsfølger som er nevnt i straffeprosessloven § 2 nr. 1. Under ankesilingen må

⁵⁵ Jf. straffeprosessloven § 314 første ledd nr. 1. Inndragning og mortifikasjon regnes som egne ankegjensstander. De kan da ankes særskilt eller sammen med straffekravet, jf. § 2, jf. Andenæs (2010) s. 474

⁵⁶ Bjerke (2011) s. 1134

⁵⁷ I.c

⁵⁸ I.c

⁵⁹ Jf. straffeprosessloven § 314 første ledd nr. 2 og 3

⁶⁰ Jf. straffeprosessloven § 314 første ledd nr. 2

retten, basert på sakens dokumenter, foreta en overprøvelse av ankegrunnene.⁶¹ På bakgrunn av dette skal retten gjøre seg opp en mening om hvorvidt en henvisning av anken vil føre frem.⁶² Innenfor hver ankegrunn er hovedregelen at retten står fritt. Det innebærer at en endring kan gi utslag i begge retninger.⁶³ En anke vil derfor nødvendigvis ikke skje til gunst for den ankende part.

Anken kan være en såkalt *fullstendig anke*, også kalt *bevisanke*, som er betegnelsen for anker over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.⁶⁴ Betydningen av bevisanker ved forhåndsprøvingen er at retten må foreta en viss prøvelse av skyldspørsmålet,⁶⁵ og ved ankeforhandlingen skal det, så langt anken er henvist, foretas en fullstendig ny behandling av saken.⁶⁶ Ved bevisankene står «*retten fritt overfor alle sider ved den angrepne dom*».⁶⁷ Samtidig er bevisankene som hovedregel prinsipale hvor dommen er påanket på øvrige grunnlag.⁶⁸ Motstykket er begrenset anke som innebærer en ny behandling begrenset til det tema for den ankegrunn som er angitt, og de faktiske forhold som underinstansen har funnet bevist, skal legges til grunn.⁶⁹ Foruten bevisankene brukes begrepet *begrenset anke* som en fellesbetegnelse for de øvrige ankegrunnene.⁷⁰

⁶¹ NOU 1992:28 s. 53

⁶² Hov (2007) s. 565

⁶³ Bjerke (2011) s. 1192

⁶⁴ NOU 2011:13 s. 119

⁶⁵ Andenæs (2010) s. 482

⁶⁶ Jf. straffeprosessloven § 331 første ledd

⁶⁷ NOU 1992:28 s. 49

⁶⁸ Jf. straffeprosessloven § 326 første ledd

⁶⁹ NOU 2011:13 s. 119

⁷⁰ I.c

Det følger av straffeprosessloven § 342 første ledd at ankedomstolen er bundet av ankegrunnene som er angitt, forutsatt at det ikke dreier seg om bevisanke. Unntaket er hvor det foreligger en særlig hjemmel.⁷¹ En slik hjemmel er gitt i bestemmelsens annet ledd nr. 1 til 4. Lagmannsretten er her gitt en skjønnsmessig kompetanse⁷² til å oppheve eller endre den påankede dom. Unntakene gjelder som hovedregel bare for begrensede anker, men på bakgrunn av prosessøkonomiske grunner og av hensynet til partene,⁷³ er lagmannsretten gitt kompetanse til å oppheve eller endre en dom selv ved bevisanker når det gjelder feil ved saksbehandlingen, jf. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 3 og 4.⁷⁴

Silingsprosessen er en midlertidig behandling av anken, og dersom den ikke blir avgjort etter de nevnte regler, skal saken henvises til behandling, jf. straffeprosessloven § 325 første ledd første punktum. Dersom saken henvises foretar lagmannsretten under ankeforhandlingen en helt ny ordinær behandling av saken. Motsatt er resultatet dersom lagmannsretten etter vurdering kommer til at anken nektes fremmet etter straffeprosessloven § 321 annet ledd. Beslutning om nektelse innebærer en endelig realitetsavgjørelse av ankekravet, med den konsekvens at tingrettens dom blir stående.⁷⁵ Beslutningen om ankenektelse kan påankes til Høyesterett, men på bakgrunn av et ønske om å redusere ankeutvalgets arbeidsbyrde av de mer enkle sakene for å oppnå bedre konsentrasjon om prinsippsspørsmål⁷⁶ - er adgangen begrenset til anke på grunnlag av feil i saksbehandlingen.⁷⁷ Dommen blir formelt rettskraftig først ved vedtakelse av partene etter

⁷¹ Bjerke (2011) s. 1192

⁷² I.c

⁷³ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 19-20

⁷⁴ Bjerke (2011) s. 1192

⁷⁵ Jf. straffeprosessloven § 50 første ledd annet punktum

⁷⁶ NOU 1992:28 s. 51-52 og Hov (2010) s. 124

⁷⁷ Jf. straffeprosessloven § 321 sjette ledd første punktum

straffeprosessloven § 50 første ledd, eller når fristen for rettsmiddeladgangen er gått ut.⁷⁸ At avgjørelsen blir rettskraftig innebærer at tingrettens dom blir stående og prøvelse for Høyesterett er følgelig avskåret.⁷⁹

Avgjørelsen om å nekte anken fremmet treffes i form av en beslutning,⁸⁰ og krever nå begrunnelse. Avgjørelsen treffes av tre dommere⁸¹ etter skriftlig behandling,⁸² og krever enstemmighet.⁸³ Kompetansen til å avskjære anken er diskresjonær, jf. at den «kan» nektes fremmet. Det innebærer at det ikke foreligger en plikt for ankedomstolen til å avskjære anken, selv om det er tvilsomt at en henvisning vil ha noe for seg. En slik henvisning vil være aktuelt der offentlig interesse eller tilliten til domstolene tilsier det.⁸⁴ Det gjelder spesielt der hvor det dreier seg om en prinsippavgjørelse som reiser spørsmål av særlig stor betydning, eller som er nyttig å få avklart av hensyn til andre saker.⁸⁵

Det vil imidlertid ikke i alle tilfelle være nødvendig å henvise anken til ordinær forhandling. For enkelte anker er det anledning for lagmannsretten å avgjøre anken uten ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 322 første ledd og § 344 første ledd. Hvilken betydning straffeprosessloven § 344 har for begrunnelsesplikten, vil bli redegjort for under del 3.4.2

⁷⁸ Jf. de ordinære rettsmiddelfristene etter straffeprosessloven § 310

⁷⁹ Unntak er de tilfellene hvor det er mulig å benytte seg av ekstraordinære rettsmidler, slik som gjenåpning etter straffeprosessloven kapittel 27

⁸⁰ Jf. straffeprosessloven § 321 femte ledd

⁸¹ Lov av 13. august 1915 nr.5 om domstolene (domstolloven) § 12

⁸² Jf. straffeprosessloven § 324 første ledd

⁸³ Jf. straffeprosessloven § 321 fjerde ledd første punktum

⁸⁴ Hov (2010) s. 1369

⁸⁵ NOU 1992:28 s. 52-53

2.3 Silingsprosessen

Silingsprosessen er en midlertidig vurdering av hvorvidt underinstansens domsresultat synes riktig. Forutsetningen for å kunne si noe om hvorvidt dette er tilfelle, er at det foretas en reell overprøvelse av underinstansens dom. For å kunne vurdere begrunnelsesplikten i lys av hvorvidt en ordning med siling faktisk medfører en reell overprøving av anken, må man se hen til grunnlaget for silingsvurderingen.

Behandlingen består av en forhåndsprøving av om en henvisning av anken vil ha noe for seg. Som tidligere nevnt innebærer det at retten foretar en viss realitetsvurdering uten hovedforhandling.⁸⁶ Det er domstolenes kapasitet som er hovedårsaken til at en ordning med siling er funnet nødvendig⁸⁷ samtidig som forutsetningen for ordningen er at den er *«fullt ut er forsvarlig ut fra hensynet til domfeltes rettsikkerhet»*.⁸⁸ Ettersom behandlingsformen finner sted uten ordinært rettsmøte og lagmannsretten heller ikke overværer noen muntlige partsforhandlinger eller umiddelbar bevisføring, tilsier dette at lagmannsretten burde utvise en viss varsomhet med å nekte anker fremmet.⁸⁹

Det følger av straffeprosessloven § 316 at påtalemyndigheten uten opphold skal oversende ankeerklæringen og de øvrige saksdokumentene til anke-domstolen. I praksis er det lagt til grunn at *«øvrige dokumenter»* skal forstås som *samtlig av sakens dokumenter*, herunder også politiets etterforskningsdokumenter, jf. Rt. 2004 s. 425 avsnitt 39 og Rt. 1996 s. 841.

Dersom siktede ikke finner anken tilstrekkelig opplyst gjennom ankeerklæringen, er denne gitt anledning, og som regel skjer det gjennom bistand av sin forsvarer, til å inngi

⁸⁶ Robberstad (2009) s. 295

⁸⁷ NOU 1992:28 s. 50

⁸⁸ Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) s. 66

⁸⁹ Andenæs (2010) s. 482 og NOU 1992:28 vedlegg 1 s. 173

ytterligere anmerkninger til anken i et såkalt *støtteskriv*.⁹⁰ På tilsvarende måte er påtalemyndigheten gitt anledning til å gi kommentarer gjennom deres *påtegning*. Disse er ikke påbudt, men avgis gjerne – fra begge parter side - som en utfyllende presisering av ankeerklæringen. Dette er ment å gi rammene som muliggjør vurderingen etter straffeprosessloven § 321 annet ledd.⁹¹ Dersom støtteskriv eller påtegning innsendes, inngår de naturlig nok i lagmannsrettens avgjørelsesgrunnlag, se Rt. 2004 s. 425 avsnitt 39.

Under forhåndsvurderingen av anken blir det utarbeidet et såkalt *silingsnotat*. Det er et internt saksbehandlingsdokument som de tre lagdommerne sirkulerer seg i mellom hvor de reflekterer sitt syn på hvorvidt saken skal fremmes til ordinær behandling. Dokumentet er ikke offentlig, men internt gir den en utfyllende begrunnelse for beslutningen.⁹²

Behandlingsformen under silingsprosessen finner sted uten ordinært rettsmøte og er på den måten en forenklet behandlingsform. Det innebærer videre at beslutning om ankenektelse treffes på bakgrunn av skriftlig behandling, og uten partsforhandling, jf. straffeprosessloven § 324 første ledd annet punktum. Det betyr at beslutningen avgjøres på grunnlag av saksdokumentene. Retten vil normalt ikke innhente opplysninger på egenhånd, men dersom det er tilfelle, burde partene gis anledning til å uttale seg.⁹³

Dersom retten finner det ønskelig, kan den gi partene anledning til å uttale seg skriftlig.⁹⁴ Særlig «*hvor en av partene i uttalelse om anken har påberopt nye faktiske opplysninger som ikke åpenbart er uten betydning, skal retten gi motparten underretning om uttalelsen*»,

⁹⁰ Høring (2009)

⁹¹ Høring (2009)

⁹² Prop. 141 L (2009-2010) s. 11

⁹³ Andenæs (2010) s. 480

⁹⁴ Jf. straffeprosessloven § 324 første ledd annet punktum

jf. straffeprosessloven § 324 annet ledd. Unnlatelse av underretning vil kunne representere et brudd på det kontradiktoriske prinsipp.

I praksis er det lagt til grunn at plikten er «*strukket noe lenger enn til de tilfeller der det påberopes nye opplysninger*», jf. Rt. 2003 s. 62 avsnitt 13 med videre henvisning til Rt. 1999 s. 1408. Plikten gjelder også der påtegningen fra påtalemyndigheten inneholder «*argumentasjon som forsvarer burde fått adgang til å imøtegå*», jf. Rt. 2007 s. 1255 avsnitt 15 og Rt. 2005 s. 163.

I enkelte tilfeller er lagmannsrettens ankenektelse blitt anket på grunnlag av– vel og merke uten at denne som regel kan klandres – at nektelsesbeslutningen er truffet uten at ankeinstansen har lest støtteskrivet fra forsvarer, se for eksempel Rt. 2010 s. 84. På bakgrunn av at «*det er sentralt at en domfelt i sin anke skal gis anledning til å fremsette sin begrunnelse for anken, og at denne blir vurdert av lagmannsretten*», har saksbehandlingen i slike tilfeller objektivt sett blitt ansett for å være beheftet med en mangel, jf. Rt. 2005 s. 1240, avsnitt 11. For tilfeller hvor hensynet til kontradiksjon ikke blir ansett for å være tilstrekkelig ivaretatt, har praksis stilt beskjedene krav til sannsynliggjøring av at feilen kan ha innvirket på resultatet, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd, jf. også Rt. 2009 s. 1188.⁹⁵ På bakgrunn av de små kravene som stilles til sannsynliggjøring, har opphevelse av lagmannsrettens beslutning blitt resultatet, «*selv om det ikke er grunn til å kritisere lagmannsretten*», jf. Rt. 2010 s. 84 avsnitt 12-13.

⁹⁵ Avsnitt 13, se også Rt. 2013 s. 62, avsnitt 11, Rt. 2007 s. 455, avsnitt 13 – med videre henvisning til Rt. 2005 s. 1131, avsnitt 12

Til slutt kan det nevnes at lagmannsretten ved overprøvingen må utøve et forsvarlig skjønn⁹⁶ og det må «holdes på et rimelig nivå».⁹⁷ Samtidig er det klart at retten er avskåret fra å etablere et nytt grunnlag for domfellelse, jf. Rt. 2010 s. 597.

2.4 Kravet om reell overprøving

Kravet om at anken skal undergis en reell overprøving kan klart utledes av loven, noe som også medfører at en anke som ikke muliggjør vilkåret, må henvises til ordinær forhandling, se også Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 51. Det følger av kjennelsen at det med reell overprøving menes «at den ankende part har krav på en fullstendig prøving av alle sider ved anken, så vel de bevismessige som de rettslige», jf. avsnitt 89. Betingelsene for at en reell overprøvelse skal skje er imidlertid at vurderingen under ankesilingen skjer på bakgrunn av samme bevissituasjon. Det kan stilles spørsmål ved om dette de facto er realiteten ved silingsordningen. I det følgende foretas det derfor en kort sammenligning av bevissituasjonen mellom tingretten og lagmannsretten under forhåndsprøvingen.

Tingretten

Tingretten har ikke tilgang til sakens dokumenter utover det som blir presentert under hovedforhandlingen. Bevismaterialet består i utgangspunktet av bevisoppgave og tiltalebeslutning fra påtalemyndigheten, som blir supplert med bevisførsel i form av forklaringer fra siktede, vitner og sakkyndige, reelle bevismidler og dokumentbevis, alt etter hva som er potensielle bevis i den aktuelle sak. Det er som hovedregel partene som sørger for bevisførselen, men retten har i tillegg en selvstendig plikt til å våke over at saken blir fullstendig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294. Bestemmelsen gjelder hovedsakelig

⁹⁶ Rt. 2008 s. 1128 avsnitt 7, med videre henvisning til Rt. 2005 s. 1200. Avgjørelsen er kontinuerlig lagt til grunn av Høyesterett ved senere anker over lagmannsrettens saksbehandling

⁹⁷ Hov (2007) s. 564

til siktedes gunst⁹⁸ og innebærer at retten må sørge for «klargjøring dersom en parts argumentasjon etterlater tvil om hva som er ment».⁹⁹ På grunnlag av de bevis som blir ført under hovedforhandlingen tar domstolen standpunkt til sakens realitet.¹⁰⁰ Under hovedforhandlingen gjelder muntlighetsprinsippet, jf. straffeprosessloven § 278 første ledd, som medfører at skriftlige bevis som legges frem, i utgangspunktet må leses opp. Om dette har Andenæs uttalt at:

*«det som står i dokumentene, får ingen betydning hvis det ikke kommer frem i hovedforhandlingen. Det ville være en feil om retten studerte dokumentene som et supplement til den muntlige hovedforhandlingen. Prosessreglene er heller ikke lagt opp med sikte på å muliggjøre dette. Under hovedforhandlingen er det aktor, ikke rettens leder, som sitter med dokumentene, og når saken er tatt opp til doms, tar aktor med seg de dokumentene som ikke er lagt frem under hovedforhandlingen (påtaleinstr. § 26-1.2 ledd)».*¹⁰¹

Lagmannsretten under ankesilingen

Mens avgjørelsesgrunnlaget for underinstansen utgjør den direkte bevisførsel som skjer fra partenes side under hovedforhandlingen, treffes beslutningen om hvorvidt anken skal fremmes til ordinær forhandling på bakgrunn av tingrettens dom og sakens øvrige dokumenter – de dokumentene som aktor tar med seg dersom de ikke er lagt frem under hovedforhandlingen, jf. påtaleinstruksen § 26-1 annet ledd.¹⁰² Sammenlignet med

⁹⁸ Bjerke (2011) s. 1067

⁹⁹ Jf. Rt. 2009 s. 1590 avsnitt 25

¹⁰⁰ Jf. straffeprosessloven § 305

¹⁰¹ Andenæs (2010) s. 393

¹⁰² Forskrift av 28. juni 1985 nr.1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen). Det er interessant å merke seg at lagmannsretten ved forhåndsprøvingen har tilgang til

tingretten baseres utgangspunktet for lagmannsrettens vurdering således på et litt forskjellig bevisgrunnlag. Det er naturligvis på det rene at forskjellen er en nødvendig forutsetning for at en forhåndsprøving overhodet skal være mulig. Uten sakens øvrige dokumenter ville lagmannsretten måtte basere sin vurdering på tingrettens dom alene sammen med ankeerklæringen. Ettersom ankeerklæringen gjerne angriper sider ved den påankede dom er det rimelig å anta at de fleste saker som en naturlig følge da måtte henvises. Dette ville ikke vært mulig ettersom silingsprosessen er funnet nødvendig for å lempe på domstolenes arbeidsbyrde.¹⁰³ Selv om det er klart at en viss realitetsprøvelse må skje på basis av saksdokumentene, må dette likevel få betydning for hvorvidt det kan sies å gå noen *grense* for om man kan tale om at det foreligger samme bevissituasjon.

At en ordning med siling er forenlig med kravene som følger at TP 7-2 kom imidlertid EMD frem til i saken Monnell og Morris mot Storbritannia.¹⁰⁴ EMD tok samtidig stilling til hvilke krav som stilles til saksbehandlingen under silingen, som vår silingsordning er forenelig med. Mangelen på muntlige partsforhandlinger ble etter EMDs oppfatning avhjulpet ved at partene var gitt mulighet til å inngi sine merknader gjennom skriftlige anførsler, jf. «*submission*». Dette måtte ses i sammenheng med at partene hadde vært tilstede under førsteinstansbehandlingen. Og i forbindelse med hvorvidt det ble foretatt en reel overprøving uttalte EMD at det ikke forelå noen tvil om at nektelsen av «*leave to appeal*» for den aktuelle sak var basert på en full og grundig vurdering av alle relevante faktorer.

I dette henseende er det viktig å ha for øyet at forhåndsprøvingen er en forenklet behandlingsform hvor hensikten er å foreta en midlertidig vurdering innenfor rammene

alle av sakens dokumenter, mens tingretten og lagmannsretten ved ordinær forhandling er avskåret disse

¹⁰³ NOU 1992:28 s. 50 og Hov (2007) s. 568

¹⁰⁴ Applikasjonsnummer 9562/81;9818/82

som er satt opp gjennom ankeerklæringen. Selv om det bare skal foretas en viss overprøvelse, må den begrensede realitetsprøvingen som finner sted være reell.

Aktuelle problemstillinger som bevisgrunlaget kan reise

Antageligvis burde man kunne regne med at det alltid i en viss grad vil skje en forskyvning av bevissituasjonen. Men under silingsprosessen kan det reises tvil om det ikke oppstår et problem i forhold til kontradiksjonsprinsippet i forbindelse med at lagmannsretten, ved å få tilgang til dokumentene i sin helhet, på den måten kan få tilgang til opplysninger som ikke er belyst under tingrettens hovedforhandling. Påtalemyndigheten skal som hovedregel fremlegge bevis som både er til gagn og skade for tiltalte.¹⁰⁵ Formålet er at retten skal komme frem til en objektiv riktig avgjørelse, jf. siktemålet om «å nå frem til materielt riktige avgjørelser».¹⁰⁶ Når siktede har forsvarer oppstår det undertiden en rollefordeling som gjerne innebærer at påtalemyndigheten konsentrerer seg om å få bevist tiltaltes skyld. Siktedes forsvarer vil naturlig nok – selv om dette ikke er helt heldig - ikke ønske å belyse punkter denne mener ikke taler til siktedes gunst. Konsekvensen av at påtalemyndigheten ikke fremlegger en opplysning fra et dokument, vil da kunne bli at siktede ikke gis anledning til å imøtegå et bevismoment som lagmannsretten, ved sin tilgang til sakens øvrige dokumenter, vil ha anledning til å ta i betraktning ved vurderingen av hvorvidt anken skal fremmes. Eksempelet hører vel til det mer ekstreme, men det illustrerer mulighetene for at dokumentinnsynet kan forskyve bevissituasjonen ytterligere.

Det er naturlig at ikke nødvendigvis alle sentrale dokumenter blir belyst under en hovedforhandling. På bakgrunn av det ulovfestede prinsippet om fri bevisførsel står partene som hovedregel for bevisførselen i en straffesak, «det blir så opp til retten å bedømme hvilken vekt bevisene skal ha».¹⁰⁷ Dommeren kan på dette grunnlag velge å se bort fra enkelte

¹⁰⁵ Andenæs (2010) s. 37

¹⁰⁶ NOU 2003:15 (5.5.3.4)

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 75

belyste bevis. Om dommeren ikke gir uttrykk for det i sin begrunnelse for bevisresultatet, vil ikke lagmannsretten kunne ha noen forutsetninger for å kunne si noe om dokumentenes betydning ved overprøvingen av underinstansens dom. Samtidig kan man se hen til at spørsmålene som blir stilt under en vitneforklaring kan være noe forskjellig sammenlignet med hva som ble foretatt under et politiavhør. Resultatet kan bli nyanseringsforskjeller som igjen kan få betydning for vurderingen. Ved overprøvingen er det naturlig å anta at lagmannsretten vil foretrekke å bygge på det som fremhever resultatet, enn å skulle prøve å motsi det.

En tenkt situasjon er at det kan være vanskelig for tiltalte å forutsi hvordan vitners forklaring blir oppfattet av retten. Selv om domfelte er gitt anledning til å ta til motmæle gjennom støtteskrivet, vil det som anføres lett kunne oppfattes som bare en påstand og ikke en realitet. Hvis en gjentatt feil da blir oppfattet som riktig får ikke tiltalte en reell mulighet til å endre dette inntrykket. Muligheten til å konfrontere vitnene forsvinner når saken ikke realitetsbehandles på nytt.

Det samme gjelder i forbindelse med at det som hovedregel ikke skjer noen protokollering av de sentrale vitneforklaringene under hovedforhandlingen.¹⁰⁸ Når det gjelder sakens faktiske side er det hovedsakelig tingrettens bevisvurdering og politirapporter som vil være grunnlaget for vurderingen.¹⁰⁹ I forarbeidene til to-instansreformen ble det forutsatt at regler om protokollering ville styrke lagmannsrettens vurderingsgrunnlag.¹¹⁰ Samtidig vil opptak virke som en rettssikkerhetsgaranti for vitnet.¹¹¹

¹⁰⁸ Forskning om vitnep psykologi viser at for vitneforklaringenes riktighet kan opptak av forklaringen være fordelaktig, spesielt når den foretas kort tid etter, Lier (2012)

¹⁰⁹ NOU 1992:28 s. 53

¹¹⁰ I.c

¹¹¹ NOU 2011:13 s. 183

Den nasjonale ordningen kan her sammenlignes med bevissituasjonen i Sverige. Høsten 2008 ble «*en moderna rättegång*» innført i Sverige.¹¹² Det skal i følge rättegångsbalken¹¹³ kap.6§6 foretas lyd- og bildeopptak av alle avhør i tingsrätten med mindre særskilte grunner tilsier at det ikke skal gjøres.¹¹⁴ Som i Norge med sin ankesilingsordning, var formålet med reformen å effektivisere rettsprosessene samtidig som hensynet til fornærmede var et premiss.¹¹⁵ I Norge er hovedregelen etter straffeprosessloven § 296 første ledd at bevisføringen skal være umiddelbar, noe som innebærer at den skal skje direkte for retten.¹¹⁶ At det ikke fortas bevisopptak medfører at partene ved gjengivelse av hovedforhandlingen må basere seg på det de husker.¹¹⁷ Man mangler da notoritet for bevisgrunnlaget til å etterprøve tvil med. Det er derfor foreslått både for å kunne effektivisere rettergangen og for at vitner skal slippe byrden ved å avgi forklaring så mange ganger at vitneopptak i tingretten kan innføres.

Det kan se ut som at vektleggingen av hvorfor man skal ha opptak går mest ut på å skåne vitner og fornærmede. Men hva med tilfeller hvor det er tiltalte som utgjør den egentlig fornærmede? Eksempelvis ved falsk anklage og ved falske vitnemål.¹¹⁸ Dette fremstår ikke som nøytralt. I en nøytral rettergang kan ikke en part hensyntas mer enn den andre. Først når skyld er konstatert kan rettens nøytralitet opphøre, jf. uskyldspresumsjonen som følger av EMK artikkel 6 annet avsnitt.

¹¹² NOU 2011:13 s. 190

¹¹³ Rättegångsbalk

¹¹⁴ Se også prop. 2004/05: 131 s. 220 og NOU 2011:13 s. 191

¹¹⁵ NOU 2011:13 s. 190 og prop. 2004/05: 131 s. 107

¹¹⁶ NOU 2011:13 s. 179-180

¹¹⁷ *ibid.* s. 179

¹¹⁸ Det var nylig et tilfelle hvor en domfelt ble frikjent etter gjenopptagelse, hvor det sentrale for domfellelsen i første omgang var falske vitnemål. Saken ble vedtatt gjenopptatt på bakgrunn av lagmannsrettens manglende begrunnelse ved ankenektelsen. Se Foss (2012)

I NOU 2011:13 tok Juryutvalget stilling til om det burde være adgang til opptaksavspilling fra tingretten ved forhandling i lagmannsretten, og eventuelle vilkår som burde gjelde for slik avspilling.¹¹⁹ Utvalget sluttet seg imidlertid til Departementets syn i Ot.prp. nr. 78 s. 43 om ikke å følge opp to-instansutvalgets forslag til en «*utvidet protokollasjonsordning*».¹²⁰

En annen omstendighet som kan ha betydning er at anke på grunnlag av straffeprosessloven § 321 annet ledd representerer prosessøkonomisk klart den største gruppen, samtidig som flertallet av de henviste ankene er av en begrenset art, se del 4.2 med videre henvisning til NOU 1992:28. Dette må ses i sammenheng med at det forutsettes at domstolene skal ligge på en viss årlig henvisningsprosent og at det har skjedd en viss økning i antall straffesaker siden 1970.¹²¹ Dette innebærer at lagmannsretten ved silingen må håndtere en stor saksmengde. Samtidig som en stor saksmengde kan lede til en skjerpert praktisering av henvisningsvilkåret,¹²² er det naturlig å anta at dommerne kan føle tilfredshet med å få sakene unnagjort, og at de enkle begrensede ankene som er mindre resurskrevende i form av både tid og penger derfor lettere kan bli henvist.

I forbindelse med hvilke krav som stilles til overprøvingen etter Komitéens praksis er det i saken Perera mot Australia¹²³ uttalt at SP artikkel 14 nr. 5 ikke krever at ankedomstolen ved forhåndsprøvingen gjennomfører en fullstendig ny behandling, men kan basere seg på en vurdering av de foreliggende bevis. Kravet til bevisvurderingen er videre presisert i

¹¹⁹ NOU 2011:13 s. 179

¹²⁰ NOU 2011:13 s. 208 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) s. 43

¹²¹ NOU 1992:28 s. 37 flg.

¹²² For en nærmere redegjørelse, se del 4.1 med videre henvisning til NOU 1992:28

¹²³ Kommunikasjonsnummer 536/1993. Denne fortolkningen av SP artikkel 14 nr. 5 er senere fulgt opp i Juma mot Australia (kommunikasjonsnummer 984/2001), jf. premiss 7.5

Lumley mot Jamaica¹²⁴ premiss 7.5. Det følger av avgjørelsen at et system som ikke tillater automatisk ankerett kan likevel være i samsvar med SP artikkel 14 nr. 5 så lenge silingsbehandlingen innebærer «*a full review*» av både faktisk og rettslig art når det gjelder domfellelsen og straffutmålingen. Forutsetningen er «*as long as the procedure allows for due consideration of the nature of the case*». Man kan videre understreke at i saken Bryhn mot Norge¹²⁵ ble de hovedsakelige kjennetegnene ved vårt silingssystem akseptert.

2.5 Vilkåret: «*klart at anken ikke vil føre frem*»

Straffeprosesslovkomitéen forutsatte klart i forarbeidene til lovendringen i forbindelse med innføringen av to-instansreformen, at vilkåret om at anken «*klart ikke kan føre frem*» etter straffeprosessloven § 321 annet ledd, skulle praktiseres strengt.¹²⁶ Ønsket var «*å få frem at en større andel av ankene enn nå bør henvises til ankebehandling*». Overveielser av «*å bruke ordet «åpenbart» istedenfor «klart»*», ble imidlertid forkastet.¹²⁷ Det betyr likevel at det må foreligge en «*høy grad av sikkerhet for at tingrettens resultat vil bli stående etter en ordinær ankebehandling*», jf. Rt. 2009 s. 1118¹²⁸ avsnitt 107 jf. avsnitt 47. Det følger av sistnevnte at det ikke er noe vilkår at lagmannsretten må «*si seg enig i tingrettens begrunnelse*», eller at denne begrunnelsen ville stått seg under en ordinær ankeforhandling. Det avgjørende er at «*resultatet uansett ville opprettholdes, eventuelt med en annen begrunnelse enn den tingretten har gitt (...)*», jf. avsnitt 47.

¹²⁴ Kommunikasjonsnummer 662/1995

¹²⁵ Kommunikasjonsnummer 789/1997

¹²⁶ NOU 1992:28 s. 52 og 54

¹²⁷ *ibid.* s. 52

¹²⁸ Avgjørelsen dreier seg om en sivilrettslig sak, men på bakgrunn av at det dreier seg to «*like regler*» som må ses i sammenheng med at «*lovgiver så for seg fullt ansvar mellom de to prosessformene*», jf. avsnitt 52-53, vil betraktningene her også gjøre seg gjeldende i straffesaker

På bakgrunn av uttalelsene i lovforarbeidene må det legges til grunn at lovgiverviljen var at vurderingsvilkåret skulle forstås som «åpenbart». En endring av ordlyden slik at den ble i overensstemmelse med lovgrunnen ble imidlertid ikke ansett for å være nødvendig, ettersom straffeprosesslovkomitéen forutsatte «at dette under enhver omstendighet vil bli konsekvensen av de endringer utvalget foreslår.»¹²⁹ Som en naturlig følge av uttalelsene er det rimelig å legge til grunn at lagmannsretten ved sin praktisering av vilkåret må finne det «åpenbart» at en henvisning til ankebehandling «(...) ikke vil føre frem». Dette styrkes ytterligere ved at kravet om enstemmighet ved ankenektelse er ment å virke som en «sikkerhetsventil».¹³⁰

Samtidig med at vilkåret forutsettes praktisert strengt må det fremheves at ankeinstansen ikke har like godt grunnlag til å bedømme bevisfakta som underinstansen, jf. fremstilling overfor i del 2.3 og 2.4. Disse momentene sammen taler for at lagmannsretten burde utvise en viss tilbakeholdenhet med å nekte – særlig bevisanker - fremmet på det grunnlag at den ikke vil ha noe for seg. Det må imidlertid understrekes at et slikt argument vil ha varierende tyngde ut fra sakens art og kompleksitet. I praksis har det vel og merke forekommet tilfeller hvor vilkåret vanskelig kan synes innfridd.

I Rt. 2010 s. 597 hadde lagmannsretten funnet å kunne vektlegge andre bevis enn tingretten og etablerte på den måten et nytt grunnlag for domfellelse. Høyesterett i avdeling fant her at lagmannsretten hadde gått utenfor rammene av hva det var adgang til under ankesiling. Kompetansen til å avgjøre en anke uten ankeforhandling etter straffeprosessloven § 322 første ledd nr. 3 og § 333 første ledd gjelder ikke hvor bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet skal prøves. I saken hadde lagmannsretten lagt vekt på et moment som hadde vært fremme i tingretten, og som var tillagt vekt der, men selve avgjørelsen var bygd opp annerledes. Tingretten hadde omtalt enkelte bevis som indisier og som sammen med et

¹²⁹ NOU 1992:28 s. 52

¹³⁰ Hov (2010) s. 1369 og NOU 1992:28 s. 191

blodbevis var «avgjørende». Sistnevnte bevis ble forkastet av lagmannsretten. De bygde i stedet opp sin egen begrunnelse som var basert på indisiene, og tilla disse etter en totalvurdering en annen vekt enn det tingretten hadde funnet grunnlag for. At saken skulle vært henvist til behandling følger allerede av de nevnte bestemmelsene, men det kan samtidig fremheves at man med rimelighet kan si, at når lagmannsretten fant å kunne legge vekt på andre bevis enn tingretten, burde en slik sak vært henvist til ordinær ankeforhandling. Det kan i alle fall vanskelig sies at en henvisning av en slik anke «åpenbart» ikke ville hatt noe for seg. Et særlig moment som taler i denne retning er at det avgjørende bevisresultatet for underinstansen ble forkastet.

2.6 Kravene til saksbehandlingen etter EMK artikkel 6 nr. 1

Selv om EMK artikkel 6 nr. 1 gir domfelte prosessuelle minsterrettigheter i en straffesak, forplikter den ikke de kontraherende statene til å etablere en ordning med ankeprøving.¹³¹ Men hvor en slik ordning foreligger er det klart at denne må tilfredsstillende de grunnleggende kravene som følger av bestemmelsen.¹³² Retten til å anke følger som nevnt nå direkte av TP 7-2.

Uavhengig av om EMK artikkel 6 nr. 1 gir domfelte rett til overprøving, vil den få betydning på bakgrunn av kravene som følger av det overordnede prinsippet om rettfærdig rettergang.¹³³ Både for saksbehandlingen under forhåndsprøvingen¹³⁴ og under en eventuelt etterfølgende ankeforhandling vil prinsippet være av betydning.¹³⁵ Hvilke rettigheter som

¹³¹ Delcourt mot Belgia applikasjonsnummer 2689/65 premiss 25

¹³² I.c. Standpunktet er kontinuerlig lagt til grunn i senere avgjørelser av EMD, se også Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 109

¹³³ Jebens (2004) s. 573

¹³⁴ Monnell og Morris mot The United Kingdom applikasjonsnummer 9562/81;9818/82 premiss 56

¹³⁵ Jebens (2004) s. 573

er aktuelle vil imidlertid variere¹³⁶ og må derfor vurderes konkret for hver enkelt sak.¹³⁷ Enkelte faste retningslinjer kan likevel utledes av EMDs praksis.

Ved vurderingen av hvorvidt prinsippet om rettferdig rettergang kan synes oppfylt, er det rettergangen *totalt sett* som er avgjørende.¹³⁸ Det betyr at behandlingen av saken skal vurderes under ett.¹³⁹ Det innebærer at de feil som er foretatt – uavhengig av hvilken instans det er tale om – etter en totalvurdering kan tenkes avhjulpet når rettergangen ses under ett. Dette er en omstendighet som særlig vil kunne få betydning i forhold til anker over tingrettens saksbehandling, se del. 3.4.3.

¹³⁶ Delcourt mot Belgia applikasjonsnummer 82689/65 premiss 26

¹³⁷ Jebens (2004) s. 573

¹³⁸ *ibid.* s. 574

¹³⁹ *ibid.* s. 573

3 Nærmere om kravene til begrunnelsens innhold

3.1 Innledning

I denne delen vil det redegjøres for den presisering av begrunnelsesplikten som er foretatt av etterfølgende praksis på bakgrunn av de generelle retningslinjene som ble angitt i storkammeravgjørelsen. Ettersom presiseringen ble forutsatt overlatt til praksis, vil avgjørelser fra Høyesterett være det sentrale utgangspunktet, supplert med hvorvidt praksis fra EMD og Komitéen synes å stille ytterligere krav.

Etter straffeprosessloven § 321 sjette ledd er Høyesterett gitt en kompetanse begrenset til å overprøve beslutningene om ankenektelse på grunnlag av saksbehandlingen. Selv om Høyesterett har tolket kompetansen vidt, begrenses redegjørelsen her til tilfelle hvor det omtvistede ved anken til Høyesterett er hvorvidt begrunnelsen tilfredsstillende som følger av praksis.

Saksbehandlingen er en del av sivilprosessen, og hvilke krav som stilles under forhåndsprøvingen vil få betydning for om en beslutning vil stå seg overfor en senere prøvelse av Høyesteretts ankeutvalg.¹⁴⁰ Dersom Høyesterett finner at vilkåret ikke er oppfylt, blir resultatet gjerne at beslutningen oppheves og henvises til en ny forhåndsprøving ved lagmannsretten. Hvilke krav praksis har stilt er derfor av sentral betydning ved vurderingen av omfanget av begrunnelsesplikten.

Ankeutvalgets kompetanse er utførlig redegjort for i en storkammeravgjørelse i Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61, og kjennelsen kan derfor gi føringer for hvilke krav som stilles til begrunnelsen. Ankeutvalget skal påse «*om lagmannsrettens saksbehandling samlet sett* –

¹⁴⁰ Kjennelser avsagt av ankeutvalget vi ha forkortelsen (A) etter referansen til rettstidene (Rt.)

herunder skjønnsutøvelsen – har vært forsvarlig», og om det, tatt i betraktning av bevisbildet «tilsa at en fullt ut skriftlig og forenklet behandling kunne gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag».

3.2 Presiseringen av kravets innhold etter praksis

3.2.1 Nedre grense

For anker som er av et mindre omfang og hvor den konkrete bevissituasjonen er enkel, har Høyesterett stilt mer beskjedne krav til begrunnelsen. I storkammeravgjørelsen ble anke over straffeutmålingen i relasjon til dette nevnt som et typisk eksempel. Der hvor problemstillingen gjelder etablert praksis for straffeutmåling og hvor faktum er udiskutabelt, vil begrunnelsen naturlig nok kunne bli veldig kort. Særlig gjelder dette når man også tar hensyn til når ankeinstansen kan endre den utmålte straffen i forhold til straffeprosessloven § 344.¹⁴¹

For enkeltstående spørsmål om lovtolkning, det være seg prosessuelt eller materielt, og hvor lagmannsretten ikke finner noe å utsette på tingrettens begrunnelse, vil lagmannsretten kunne gi sin tilslutning til den lovfortolkning som er gitt av tingretten. Eventuelt kan dommerne - dersom de finner det nødvendig – angi korte tilleggsbemerkninger. Saksbehandlingsanket som gjelder enkle problemstillinger vil også kunne omfattes av dette, men her er det muligheter for store variasjoner, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 107.

3.2.2 Øvre grense

Som følge av storkammeravgjørelsen er det klart at omfanget av kravene til begrunnelsen vil avhenge av sakens art og kompleksitet. Store og komplekse er sakene først *«der en rekke forhold av ulik art tas opp i anken»*, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 108. I dette henseende ble de største utfordringene for begrunnelsesplikten antatt å gjelde for de sakene

¹⁴¹ Avsnitt 107

hvor en bred helhetsvurdering er påkrevd. I forhold til disse sakene ble det antatt at det ville være vanskelig å gi en kortfattet begrunnelse, jf. «*in brief form*»,¹⁴² og at begrunnelseskravet på den måten kunne by på vanskeligheter. De sentrale minstekravene for begrunnelsen her er at «*det som danner helhetsvurderingen må i alle fall gjengis*», jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 108. Det innebærer at de momentene som særlig er tillagt betydning må frem, samtidig som det ble forutsatt at det i enkelte tilfeller kunne være nødvendig at begrunnelse ga uttrykk «*at lagmannsretten har vurdert forsvarligheten av at anken avgjøres uten ankeforhandling*».¹⁴³

Det ble videre antatt at det gjelder en grense for når silingsprosessen kan synes å være en tilstrekkelig behandlingsform for å oppfylle det grunnleggende kravet om at anken skal undergis en reell overprøving.¹⁴⁴ Dette vil «*følge både av sakens kompleksitet og av den konkrete bevissituasjonen*», jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 110. Slike saker forutsetter ordinær ankeforhandling for at lovens krav skal være oppfylt. Her vil en kortfattet begrunnelse om hvorfor anken ikke kan føre frem, være umulig. Det innebærer at anken må, for de aktuelle forhold, henvises til behandling. Naturlig nok vil dette særlig være aktuelt for bevisankene. Som en naturlig følge av dette er det rimelig å anta at begrunnelsesplikten vil ha virkelig stor betydning for de sakene som befinner seg i en gråsoner mellom anker som forutsetter ankeforhandling, og anker som kan avgjøres etter en summarisk forhåndsprøving.

¹⁴² Avsnitt 108

¹⁴³ I.c

¹⁴⁴ Heretter også omtalt som dokumentasjonskravet

3.3 Kravet til begrunnelsen ved fullstendige anker

3.3.1 Anke over bevisvurderingen under skyldspørsmålet

Under silingsprosessen blir det normalt ikke tale om noen formell behandlingsform slik det er under de ordinære forhandlingene med muntlighet og umiddelbar bevisføring. Som tidligere nevnt baseres avgjørelsesgrunnlaget under silingsprosessen hovedsakelig på tingrettens dom supplert med sakens øvrige dokumenter, og innebærer at retten må «foreta en viss overprøvelse av skyldspørsmålet på grunnlag av saksdokumentene».¹⁴⁵ Det kan i denne forbindelse argumenteres for, tatt i betraktning at lagmannsretten ikke har overvært bevisførselen under hovedforhandlingen i tingretten, at denne i større grad burde vise tilbøyelighet med å henvise bevisanker.¹⁴⁶ En vurdering basert på sakens dokumenter vil utgjøre et svakere vurderingsgrunnlag enn hva som vil følge av en muntlig hovedforhandling. Og ettersom bevis alltid vil bli underlagt en skjønsmessig vurdering er dette et moment som kan gjøre silingsprosessen betenkelig i relasjon til bevisanker,¹⁴⁷ og noe som særlig vil kunne få betydning for anker hvor den påankede part bestrider tingrettens bevismessige vurdering. En fellende straffedom, være seg betinget eller ubetinget, vil alltid være inngripende mot den domfelte. Retningslinjene som følger av praksis burde derfor tolkes i lys av disse omstendighetene.

Etter disse omstendigheter tatt i betraktning, ble en ordning med siling av bevisanker i følge storkammeravgjørelsen ansett for å samsvare med retten til å anke som følger av konvensjonsbestemmelsene. Dette ville vertfall gjelde «som et utgangspunkt», hvor reservasjonen skulle særlig gjelde hvor «utfallet av saken beror på den bevismessige vurderingen av vitneførselen og tiltaltes forklaring», jf. avsnitt 109. I slike tilfeller kan det utledes at det stilles et strengere krav til begrunnelsen, og som minstekrav må

¹⁴⁵ Andenæs (2010) s. 482

¹⁴⁶ I.c

¹⁴⁷ Hov (2007) s. 568

begrunnelsen gi uttrykk for hva som er det sentrale ved avgjørelsen, jf. at Høyesterett finner det «*viktig*» å kunne få fram hvilke grunnlag avgjørelsen bygger på.

Nye bevis

For tilfelle hvor det i anken påberopes nye bevis, har etterfølgende praksis konstatert at det sentrale er at begrunnelsen viser at anførselene er undergitt en reell overprøving, jf. Rt. 2009 s. 1407. I kjennelsen ble begrunnelsen i forhold til vurderingen av anførselene ansett for å være standardpreget og hovedsakelig basert på en generell henvisning til tingrettens bevisresultat uten at denne var konkretisert på noen måte. Utvalget fant at lagmannsretten burde gitt en «*nærmere begrunnelse for hvorfor retten ikke fant forklaring fra det nye vitnet av betydning for saken*», jf. avsnitt 15, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 109.

Motstrid mellom sentrale bevis

I saker hvor de helt sentrale bevis er omtvistet har Høyesterett vært tilbøyelige med å konstatere, at det i en slik situasjon, «*ikke er forsvarlig å nekte anken fremmet på grunnlag av skriftlig og forenklet behandling*», jf. Rt. 2012 s. 1342 (A) avsnitt 19. Tiltaltes og fornærmedes forklaringer hadde stått i sterk motstrid med hverandre, og i anken hadde tiltalte sådd tvil om fornærmedes forklaring. Det følger av dommen at tingrettens mindretall (fagdommeren), på bakgrunn av at det stod «*påstand mot påstand*», fant at påtalemyndigheten ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde. I anken til Høyesterett hadde den påankede part fremholdt en sentral anførsel angående fornærmedes vitneførsel som lagmannsretten ikke hadde kommentert. Lagmannsretten hadde «*i stor grad bare vist til hva tingrettens flertall har funnet bevist, og sluttet seg til den vurdering tingrettens flertall har gjort*», jf. avsnitt 18. Ut fra dette kan det som retningslinje utledes av kjennelsen at der hvor det foreligger motstrid mellom helt sentrale bevis, vil en avgjørelse på bakgrunn av forenklet behandling ikke være tilstrekkelig.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Se også Rt. 2012 s. 15 avsnitt 10

Tvil om tingrettens bevisvurdering

Dersom det sentrale i bevisanken har vært tvil om hvorvidt tingrettens bevisvurdering synes riktig, har generelle og standardpregede setninger som kunne vært benyttet til enhver annen sak uten store endringer, gjerne blitt ansett for å være utilstrekkelige til å innfri dokumentasjonskravet. Det er derfor nødvendig å gi en kort oppsummering av praksis hvor standardpregede begrunnelser er blitt underkjent.

I Rt. 2009 s. 833 (A) avsnitt 6-8, en sak som omhandlet grovt underslag, ble en ytterligere begrunnelse enn den som var gitt, på bakgrunn av faktum i saken slik det forelå og for å innfri dokumentasjonskravet, ikke ansett for å være overflødig. Begrunnelsen fremstod som *«en standardfrase som uten endring eller tilføyelser kunne ha vært benyttet i et stort antall saker.»* Av dette kan det utledes et krav om at begrunnelsen må konkretiseres.

I Rt. 2009 s. 926 (A) avsnitt 13 -15 ble en begrunnelse basert på at tingretten hadde gode forutsetninger til å treffe bevisavgjørelse, og at lagmannsretten ikke kunne se at *«en ny prøving av saken vil føre til et annet resultat»*, uten å gå noe nærmere inn på anførselene som sådde tvil om tingrettens begrunnelse, ikke godtatt. Lagmannsrettens begrunnelse tok ikke opp de konkrete feilkildene som var påpekt i forbindelse med bevisvurderingen av fornærmedes forklaring. I Rt. 2009 s. 946 (A) avsnitt 13-14 hadde lagmannsretten i sin begrunnelse bare henvist til tingrettens bevismomenter som flertallet der hadde fremhevet, og angitt at *«det som er fremhevet i støtteskrivene fra forsvarerne, stiller ikke saken i noen annen stilling»*. Også her ble begrunnelsen ansett for å være utilstrekkelig i forhold til de anførselene som *særlig* ble påpekt i støtteskrivet.

Etter Rt. 2010 s. 987 (A) avsnitt 16-17 kreves det imidlertid ikke at *«at samtlige detaljer som fremheves i ankeerklæringen omtales i ankenektelsen»*, og det kan samtidig utledes av dommen at begrunnelsen må – vertfall i den grad det kan synes nødvendig – være konkret for den aktuelle sak.

Kort oppsummert var det gjennomgående for de nevnte avgjørelsene at begrunnelsene – uten store endringer – kunne vært benyttet i de fleste saker og at sentrale anførsler som var påpekt, ikke var nærmere kommentert.

Det er imidlertid ikke slik at standardpregede begrunnelser i ethvert tilfelle ikke oppfyller dokumentasjonskravene for hvorvidt anken er undergitt en reell overprøving. I Rt. 2009 s. 1002 (A) avsnitt 8 ble det uttalt at selv om lagmannsrettens begrunnelse var kortfattet, ga ikke anken lagmannsretten foranledning til å avgi noen ytterligere begrunnelse. Bakgrunnen var at ankegjensstanden var korrekt angitt og begrunnelsen refererte også uttømmende til anførslene som var gjort gjeldende i ankeerklæringen. Retningslinjen var at *«de krav som settes til lagmannsrettens begrunnelse, vil måtte avpasses etter hva som gjøres gjeldende i anken vurdert i forhold til tingrettens domsgrunner»*. Det kreves mindre av begrunnelsen i situasjoner hvor bevissituasjonen er enkel og oversiktlig, jf. HR-2011-1971-U avsnitt 14. Dette må videre ses i sammenheng med *«at kravene ikke er de samme for ankenektelser som for domsgrunner»*, jf. avsnitt 9.

Det er særlig tre momenter som er gjennomgående for sakene hvor standardformuleringer er akseptert; for det første er det gjerne gitt en utførlig redegjørelse for anførslene, for det andre er bevissituasjonen som regel blitt rubrisert som enkel og oversiktlig, for det tredje at det ikke er påberopt nye bevis.

Hvor går grensen for når standardpregede formuleringer er akseptert?

Hvor sakens art og kompleksitet gir grunnlag for det, kan man etter en fortolkning av retningslinjene operere med en ytterligere øvre- og nedre grense for hvor generelle og standardpregede formuleringer som er ansett for å være tilstrekkelig til å kunne innfri dokumentasjonskravet. Ut fra redegjørelsen hittil er det imidlertid vanskelig å kunne si noe om hva tilfellet er i sakene hvor man befinner seg i såkalte gråsoner av hvilke krav som kan stilles til begrunnelsen – her menes det i tilfeller hvor man befinner seg i et grensetilfelle mellom de to ovennevnte ytterligheter.

En ytterligere retningslinje for slike tilfeller følger av Rt. 2010 s. 807 avsnitt 21 hvor Høyesterett uttalte i avdeling «*at [hvor] det kan konstateres uoverensstemmelser mellom tiltaltes forklaring og vitners – herunder fornærmedes – er en hyppig forekommende situasjon, og kan i seg selv ikke være til hinder for at bevisanker avgjøres ved silingsbeslutninger.*»¹⁴⁹

At bevisanker skal kunne avgjøres ved siling ble som tidligere nevnt konstatert i Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 109, det følger også her at en slik ordning også er akseptert av Komitéen. Men som tidligere nevnt er kravene til begrunnelsen i slike tilfeller forutsatt å være noe strengere. Samtidig må det ses hen til at «*lagmannsretten ved ankeprøving bør være varsom med å vektlegge forhold som tingretten etter umiddelbar bevisførsel og kontradiksjon ikke har bygget på*», jf. Rt. 2009 s. 1590 avsnitt 20 med videre henvisning til Rt. 2004 s. 425.

En kortfattet begrunnelse kan imidlertid tenkes tilstrekkelig hvor tingretten har foretatt en utførlig drøftelse. I Rt. 2011 s. 961(A) avsnitt 17 konstaterte Høyesterett i avdeling at hvor utførlig begrunnelse som kan kreves hvor saksforholdet er relativt enkelt og oversiktlig, «*må imidlertid ses i sammenheng med tingrettens dom som[i den aktuelle sak] er meget grundig.*», jf. også Rt. 2011 s. 1537 (A) avsnitt 10. Dette har særlig vært aktuelt hvor man har stått overfor et grensetilfelle, se for eksempel Rt. 2011 s. 691 avsnitt 17 hvor det kan utledes at grundigheten av beskrivelsen av bevisvurderingen fikk funksjonen av å være en sikkerhetsforanstaltning for resultatets riktighet.

Sammenlignet med saker hvor en mer avpasset begrunnelse er akseptert, er det i saker med et mer sammensatt bevisbilde stilt strengere krav til begrunnelsen, se. Rt. 2011 s. 1537 (A). Saken gjaldt domfellelse for grovt utroskap og grovt bedrageri hvor retts- og

¹⁴⁹ Avgjørelsen er fulgt opp i senere praksis, se Rt. 2010 s. 909 avsnitt 15 og HR-2011-1971-U avsnitt 14

bevisspørsmålene ikke kunne sorteres som enkle og oversiktlige. Det følger av avgjørelsen at *”tiltalte har ved anke til lagmannsretten krav på at lagmannsretten tar selvstendig stilling til de punkter i tingrettens dom som blir angrepet”*, jf. avsnitt 13. Ankeutvalget bemerket at referatet av anførlene som var avgitt, var forholdsvis utførlige, men at lagmannsretten i sin vurdering, ikke hadde forholdt seg til referatet. Lagmannsretten hadde bare vist til hva tingretten hadde funnet bevist, og at dette fremstod som grundig og velfundert, samtidig med at det som var anført i anken *« ikke (...) er egnet til å rokke ved tingrettens bevisvurdering »*, jf. avsnitt 12 og 13. Avgjørelsen gir klart uttrykk for at der hvor man står overfor saker hvor retts- og bevisspørsmålene ikke er enkle og oversiktlige, kreves noe mer enn kun en henvisning til tingrettens bevisvurdering. De påankede parter har da krav på at lagmannsretten selvstendig tar stilling til – om ikke annet – de sentrale punktene det er anket over. Kravet til begrunnelsen som fulgte av den nevnte kjennelsen er senere blitt presisert til at *«begrunnelsen må også gi et tilfredsstillende svar på hvorfor anken ikke vil føre frem.»*, jf. Rt. 2012 s. 1342 avsnitt 17 med videre henvisning til Rt. 2012 s. 978 (A), hvor det i avsnitt 14 heter at det kreves ikke *«at samtlige anførsler i anken uttrykkelig kommenteres i beslutningen»*. Siden begrunnelsen ga klart preg av å være et referat av tingrettens begrunnelse for domfellelsen, var realiteten da at det som var anført ikke var kommentert. Spesielt hvor det foreligger sentrale anførsler vil dette få betydning, og det vil følgelig være å anse som en feil dersom disse ikke er konkretisert i begrunnelsen. En begrunnelse hvor en slik unnlattelse forekommer, ga etter ankeutvalgets mening ikke tilstrekkelig sikkerhet for at det var foretatt en reell overprøving av bevisanken, men snarere et uttrykk for å være et referat av tingrettens domfellelse.

Muligheten til å unnlate å kommentere enkelte anførsler

Hvor direkte lagmannsretten må ta stilling til anførlene, kan variere ut fra hva som er ankegrunnlaget. I Rt. 2010 s. 8 (A) avsnitt 15 ble en begrunnelse om ankenektelse fra lagmannsretten ansett for å være tilstrekkelig, selv om en del av anførlene ikke eksplisitt var tatt stilling til. Bakgrunnen for at dette ikke var å regne som en saksbehandlingsfeil *«måtte ses i sammenheng med at det som der ble anført i stor grad gjaldt perifere problemstillinger og til dels bygde på misforståelser»*. Ved at flertallet

her tok en reservasjon for hvorvidt det var tale om en saksbehandlingsfeil, kan det ikke utledes av dommen at dette skulle være gjeldende i enhver hensende, og på denne bakgrunn er det vanskelig å utlede noen videre krav til begrunnelsens innhold. Som tidligere nevnt er ikke lagmannsretten forpliktet til å kommentere alle anførsler, men på bakgrunn av fremstillingen ovenfor følger det som et minimumskrav at det må fremgå av begrunnelsen at sentrale anførsler er oppfattet og vurdert.

Kort oppsummert viser gjennomgang av praksis at Høyesterett (som oftest ankeutvalget) har stilt strengere krav til begrunnelsen, særlig hvor det anføres tvil om hvorvidt tingrettens bevisvurderingen kan synes riktig. Det følger av avgjørelsene at selv om ikke samtlige detaljer i ankeerklæringen må kommenteres, må begrunnelsen være av en slik art at den ikke kan anvendes ved enhver ankenektelse. Det foreligger således et krav om konkretisering. Selv om kravene med dette er presisert ytterligere kan det bemerkes at Høyesterett ved sin presisering av kravene kan virke tilbakeholdene i sin utvikling. Naturlig nok har utviklingen av kravene skjedd steg for steg, og det er viktig å ha for øyet at det er nødvendig at Høyesterett forholder seg på et generelt presiseringsnivå, ettersom avgjørelsen av hvorvidt begrunnelsen kan synes tilstrekkelig, må avgjøres konkret for hver enkelt sak.

3.4 Kravet til begrunnelsen ved begrensede anker

Hovedsakelig er det slik at de sentrale retningslinjene som er redegjort for under bevisankene, slik som for eksempel at anførselene er oppfattet og vurdert, gjelder som utgangspunkt felles for alle ankegrunnlagene. Men hvilke krav som vil gjelde vil imidlertid bero «*på tingrettens dom og saksbehandling, hva som er anført i anken, og de sentrale bevis- og rettssspørsmålene i saken*», jf. Rt. 2012 s. 1246. Begrunnelsen skulle «*sikre og vise at alle relevante punkter i anken er overveid*», jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 96, og den må vise at det er fortatt en selvstendig overprøving av hver ankegrunn, jf. HR-2011-2220-U.

Under del 2.3 ble det redegjort for at lagmannsretten under silingsprosessen må gjøre seg opp en mening - basert på tingrettens dom og sakens øvrige dokumenter – om en henvisning av anken vil ha noe for seg. I motsetning til rene bevisanker er det lettere å anta her at retten finner et godt nok grunnlag for vurderingen i saksdokumentene.¹⁵⁰

3.4.1 Anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet

På tilsvarende måte som ved anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, må lagmannsretten under silingsprosessen ved anker over lovanvendelsen forholde seg til den beskrivelsen av faktum som fremgår av tingrettens domspremisser.¹⁵¹ En anke over lovanvendelsen retter seg direkte mot dommens innhold og tar på den måten sikte på å få den endret.¹⁵² Man må imidlertid merke seg at grensen mellom rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen ikke alltid er like klar. Begrunnelsen for disse ankegrunnene kan derfor til en viss grad overlape hverandre.

Det følger av storkammeravgjørelsen at kravene til begrunnelsen for lovanvendelsesankene kan bli særdeles kort, spesielt hvor anken reiser enkeltstående lovtolkningsspørsmål, være seg av materiell eller prosessuell art. I slike tilfeller forutsatte Høyesterett at det ville være tilstrekkelig å gi en tilslutning til tingrettens lovtolkning, eventuelt med nødvendige tilleggsbemerkninger, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 107.

Hvor lagmannsretten finner at tingretten har lagt til grunn en uriktig lovforståelse av straffeloven¹⁵³ skal den «*gi en adekvat begrunnelse for at anken likevel ikke skal tillates fremmet*», jf. Rt. 2011 s. 1590 (A). I Rt. 2009 s. 703 (A) hadde tingretten tilsynelatende lagt en uriktig rettsoppfatning til grunn. På bakgrunn av at lagmannsretten på det punkt ikke

¹⁵⁰ Hov (2010) s. 1369

¹⁵¹ NOU 1992:28 s. 64 og Andenæs (2010) s. 528

¹⁵² Andenæs (2010) s. 528

¹⁵³ Lov av 1902 22. mai nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

hadde funnet tingrettens vurdering uriktig, ble begrunnelsen funnet utilstrekkelig. Uavhengig av om anførsler er av en prinspal eller subsidiær art, er det en feil dersom disse i lagmannsrettens begrunnelse ikke er kommentert.¹⁵⁴

Til illustrasjon ble begrunnelsen i Rt. 2012 s. 939 (A) avsnitt 11-12 ansett etter utvalgets syn for å være for generell. Til tross for tingrettens mangelfulle drøftelse av vilkåret «skade» i straffeloven § 229, hadde ikke lagmannsretten gitt en begrunnelse for at vilkåret var oppfylt. Heller ikke betydningen av anførselen om at et slag var utført i nødverge var tilfredsstillende behandlet. Drøftelsen på dette punkt var «ikke forankret i prinsippet om at tvil skal komme den tiltalte til gode». Ved vurderingen av om begrunnelsen er tilfredsstillende «må tingrettens drøftelse (...) leses i sammenheng», jf. Rt. 2010 s. 1195 (A) avsnitt 10.

3.4.2 Anke over straff eller andre reaksjoner som nevnt i straffeprosessloven § 2 nr. 1

På samme måte som ved en anke over lovanvendelsen, retter anker over reaksjonsutmålingen seg direkte mot dommens innhold.¹⁵⁵ Under forhåndsprøvingen er lagmannsretten bundet av tingrettens bevisbedømmelse når det gjelder omstendigheter som faller under skyldspørsmålet, men retten står fritt til å prøve alle sider som faller inn under straffutmålingen. Retten kan derfor prøve både lovtolkningen, bevisbedømmelsen og den skjønsmessige reaksjonsutmålingen.¹⁵⁶

I et overveiende antall av anker som skjer på grunnlag av reaksjonsfastsettelsen er det straffutmålingen som er omtvistet.¹⁵⁷ Avhengig av hvem av partene som påanker

¹⁵⁴ Rt. 2010 s. 1281 avsnitt 16

¹⁵⁵ Andenæs (2010) s. 528

¹⁵⁶ I.c

¹⁵⁷ I.c

underinstansens dom, er det gjerne spørsmål om reduksjon eller forhøyelse av utmålingen, og typisk om det skal idømmes betinget eller ubetinget straff, eller om det foreligger straffenedsettende omstendigheter.

Etter å ha tatt i betraktning den terskelen som følger av straffeprosessloven § 344 som regulerer ankeinstansens adgang til å endre den utmålte straff dersom lovanvendelsen blir opprettholdt, forutsatte Høyesterett i storkammeravgjørelsen at begrunnelsen ved begrensede anker kan bli kort. Bestemmelsen gjelder kun for begrensede anker - som følger av en naturlig forlengelse ved at det for bevisanker, så langt saken er henvist, skal skje en fullstendig ny behandling, jf. straffeprosessloven § 331 første ledd. På bakgrunn av den høye terskelen som følger av kravet om at retten må finne at straffen gir uttrykk for et «åpenbart misforhold» i forhold til den straffbare handling, er det antatt at det vil gjøre det lettere å nekte en anke fremmet hvor det dreier seg om mer ubetydelige feil.¹⁵⁸ De lovtekniske hensynene bak bestemmelsen består av at lagmannsretten har et svakere vurderingsgrunnlag til å vurdere reaksjonsfastsettelsen enn underinstansen – som har overvært muntlig behandling og umiddelbar bevisføring under hovedforhandlingen. Dette tilsier derfor for at lagmannsretten burde utvise en viss tilbakeholdenhet ved overprøvingen.¹⁵⁹

Når den nedre grensen for å endre tingrettens straffutmåling uten ankeforhandling er at ankeinstansen finner den idømte straff «åpenbart urimelig», følger det av systembetraktninger at kravene som kan stilles til begrunnelsen ved de rene reaksjonsutmålingsankene – i det minste må overstige det å være «åpenbart urimelig» – før det kan stilles noen særlige krav til begrunnelsen. Men dersom retten først finner vilkåret innfridd, står lagmannsretten ved straffutmålingen fritt i forhold til tingrettens dom,¹⁶⁰ og om den finner det nødvendig, kan anken henvises til behandling.

¹⁵⁸ Andenæs (2010) s. 529

¹⁵⁹ *ibid.* s. 482 og 529.

¹⁶⁰ *ibid.* (2010) s. 520

Straffutmålingsankene vil imidlertid variere i stor grad. De vil spenne fra å plassere riktig straff i en etablert straffutmålingspraksis,¹⁶¹ til å være av en slik art at de langt på vei må sammenstilles med bevisankene. For de mer omfattende straffutmålingsankene er det gjerne slik at straffutmålingen beror på en skjønnsmessig vurdering av de foreliggende bevis, hvor resultatet er at det kan oppstå mange bevissspørsmål. Kravene til begrunnelsen må her da bli tilsvarende kravene som følger av begrunnelsen ved bevisanker.

Omfanget av begrunnelsen ved sentrale anførsler må på tilsvarende måte som for bevisankene komme klart til uttrykk at de er oppfattet og vurdert.¹⁶² Dersom det for eksempel ved anken anføres at det istedenfor ubetinget fengsel burde idømmes samfunnsstraff må det fremgå av begrunnelsen at dette er vurdert.¹⁶³ For å innfri kravet er det gjerne ikke tilstrekkelig med en henvisning til tingrettens domspremisser for å vise at anførselen er oppfattet og vurdert.¹⁶⁴ I Rt. 2012 s. 1843 hadde tiltalte anket over lagmannsrettens beslutning om å nekte en anke fremmet over dom i voldssak. Det ble anført at lagmannsretten, i likhet med tingretten, ikke tilstrekkelig hadde kommentert hvorfor resttiden fra to tidligere dommer var medtatt i straffen. Lagmannsretten hadde heller ikke i sin beslutning kommentert øvrige anførsler som var påpekt spesielt i anken, slik som *«betydningen av at de nye straffbare handlingene ble begått langt ut i prøveperioden»*. Ved sin vurdering fant ankeutvalget at det ikke forelå en begrunnelse som kunne vise at det var foretatt en reell overprøving av straffutmålingen, jf. avsnitt 18. Lagmannsretten må gi en adekvat begrunnelse på hvorfor anken ikke kan føre fram.¹⁶⁵ Dette innebærer at anker over straffutmålingen som bærer preg av standardformuleringer fort kan bli klassifisert som

¹⁶¹ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 107

¹⁶² Rt. 2012 s. 15 avsnitt 11

¹⁶³ Rt. 2010 s. 919 avsnitt 11

¹⁶⁴ Rt. 2012 s. 1438 (A) avsnitt 8

¹⁶⁵ Rt. 2012 s. 1209 avsnitt 9

utilstrekkelige. Av dette følger det videre et krav om konkretisering. I Rt. 2010 s. 1147 hadde lagmannsretten korrekt angitt at anken gjaldt straffutmålingen, men på bakgrunn av at straffutmålingen ikke var nærmere omhandlet i begrunnelsen var denne ikke tilstrekkelig til å vise at anken hadde vært undergitt en reell overprøving.

3.4.3 Anke over saksbehandlingen

I motsetning til anke over lovanvendelsen eller reaksjonsutmålingen, vil en anke over saksbehandlingen ikke ta sikte på en endring i dommen, men fremsettes gjerne med den hensikt å få den opphevet.¹⁶⁶ En slik anke kan skje på grunnlag av en rekke ulike forhold og består gjerne av en objektiv vurdering av om det foreligger en feil ved underinstansens saksbehandling.¹⁶⁷ Typisk vil det dreie seg om preseptoriske rettergangsregler som ikke er etterfulgt. Dette gjelder både feil fra rettens - og fra påtalemyndighetens side.¹⁶⁸ For de ufravirkelige rettergangsreglene vil det være mulig å påanke dommen selv om den ankende part har samtykket i en bestemt fremgangsmåte.¹⁶⁹ Og selv om det ikke er handlet i strid med lovregler kan saksbehandlingsfeil være aktuelt. Den lovregulerte behandlingsmåten er derfor ikke uttømmende.¹⁷⁰ Til illustrasjon for hva som er å regne som saksbehandlingsfeil kan det nevnes mangelfulle domsgrunner, dommerens inhabilitet, rettens sammensetning, et nærstående vitne som ikke er opplyst om sin rett til fritak fra vitneplikt mv.

Ved saksbehandlingsfeil er det alltid en fare for at feilen kan ha virket inn på dommens innhold.¹⁷¹ Dersom anken blir tatt til følge kan det lett lede til en opphevelse av underinstansens dom. Det vil imidlertid avhenge av om feilen kan sorteres under absolutte

¹⁶⁶ Andenæs (2010) s. 528

¹⁶⁷ *ibid.* s. 522

¹⁶⁸ *ibid.* s. 522

¹⁶⁹ *ibid.* s. 521

¹⁷⁰ *ibid.* s. 21

¹⁷¹ Hov (2010) s. 1303

eller relative ugyldighetsgrunner. Sistnevnte avhenger av en konkret vurdering av feilens betydning, jf straffeprosessloven § 343 første ledd.¹⁷² Det følger av bestemmelsen at saksbehandlingsfeil tillegges bare betydning i de tilfeller hvor «*det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold*».

Ved saksbehandlingsanker har retten kompetanse til å prøve så vel de rettslige som faktiske sidene av dommen. De kan ved sin vurdering også ta i betraktning forhold som ikke var kjent for underinstansen og dens skjønnsmessige avgjørelser.¹⁷³

Når det gjelder saksbehandlingsankene er det imidlertid foretatt en ytterligere begrensning i Høyesteretts ankeutvalgs kompetanse. Hvor det foreligger en anke over nektelsesbeslutningen, «*kan tingrettens saksbehandling bare prøves i den utstrekning den har ført til saksbehandlingsfeil også for lagmannsretten, jf. § 321 sjette ledd*», jf. Rt.2012 s. 1246 avsnitt 17.¹⁷⁴

Det må understrekes at hovedtendensen i praksis synes – naturlig nok – å være at det ved anker over saksbehandling enten foreligger en henvisning der hvor resultatet av anken er tvilsom, eller en opphevelse av lagmannsrettens dom hvor saksbehandlingsfeil er konstatert.¹⁷⁵ Særlig med hensyn til lagmannsrettens kompetanse til å endre eller oppheve tingrettens dom uten ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 3 og 4

¹⁷² Andenæs (2010) s. 524

¹⁷³ *ibid.* s. 521-522

¹⁷⁴ Med videre henvisning til Rt. 2011 s. 579 og Rt. 2009 s. 872

¹⁷⁵ I forbindelse med statistikken under del 4.2 ser man at 58 anker har ledet til en opphevelse av tingrettens dom

jf. straffeprosessloven § 322, jf. del 2.2.¹⁷⁶ Det må også ses hen til lagmannsrettens mulighet til å reparere en saksbehandlingsfeil, ved for eksempel å gi dokumentinnsyn dersom brudd på denne retten som følger av straffeprosessloven § 242 er påberopt. Tiltalte har som tidligere nevnt i følge vernet som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 krav på at bare en av instansene oppfyller kravene som følger av prinsippet om rettferdig rettergang. Det følger som nevnt av prinsippet at rettergangen skal vurderes totalt sett, slik at en feil foregått i en tidligere instans kan tenkes avhjulpet senere. Rt. 2012 s. 1161 (A) avsnitt 11 gir klart uttrykk for dette. Dersom ankeutvalget ved en senere anke av lagmannsrettens beslutning finner at feilen ikke er reparert, vil resultatet bli at lagmannsrettens beslutning oppheves, jf. Rt. 2011 s. 1332 (A) avsnitt 19. I saken hadde det under behandlingen i tingretten skjedd et brudd på retten til dokumentinnsyn. Lagmannsretten fant imidlertid ikke noen grunn til å gi siktede innsyn i et videoopptak. På bakgrunn av at støtteskrivet ga holdepunkter for at siktede ønsket å se nærmere på opptaket, skulle lagmannsretten *«forsikret seg om at han hadde fått tilstrekkelig anledning til å studere og kommentere videoopptaket»*. I praksis forekommer saksbehandlingsanke imidlertid ikke så ofte.¹⁷⁷

3.5 Kravene til begrunnelsen som følger av EMDs praksis

Som tidligere nevnt må kravene til begrunnelsen tilfredsstillende kravene som følger av prinsippet om rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1, jf. del 2.6. Både realitetsavgjørelser og viktigere prosessuelle avgjørelser – herunder også anker - må som følge av prinsippet om rettferdig rettergang begrunnes, jf. Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 106 med videre henvisninger. For at begrunnelsesplikten skal være i samsvar med kravene som følger av EMDs praksis, må begrunnelsen indikere med stor klarhet hva som er grunnlaget

¹⁷⁶ Ettersom adgangen er skjønnsmessig foreligger det ikke en saksbehandlingsfeil dersom lagmannsretten ikke prøver om det foreligger saksbehandlingsfeil av eget tiltak, jf. Rt. 2012 s. 639

¹⁷⁷ NOU 1992:28 s. 54

for avgjørelsen.¹⁷⁸ Selv om EMK artikkel 6 nr. 1 forplikter retten til å begrunne sine avgjørelser, kan ikke dette forstås dithen at alle argumenter krever et detaljert svar.¹⁷⁹

Kravene til begrunnelsens innhold vil kunne variere etter sakens natur og må fastlegges i lys av dens omstendigheter, jf. Sanchez Cardenas mot Norge (applikasjonsnummer 12148/03), premiss 49 og Hirvisaari mot Finland (applikasjonsnummer 49684/99), premiss 30. Kravene må derfor vurderes konkret for hver enkelt sak. I Begge avgjørelsene la EMD til grunn at man, ved siling av anker, kan slutte seg til underinstansens begrunnelse dersom denne er tilstrekkelig og det ikke er påberopt noe nytt av betydning.¹⁸⁰ Begrunnelsen av underinstansen måtte imidlertid være av en slik art at den muliggjør det for partene å få en effektiv utøvelse av sin rett til å få avgjørelsen overprøvet.¹⁸¹ I sistnevnte avgjørelse gikk EMD noe videre ved at det ble uttrykt forskjellige formål som begrunnelsen skal ivareta, herunder å vise partene at de har blitt hørt, muliggjøre overprøvelse og etterprøvarheten av avgjørelsen. Det er bare ved en begrunnet avgjørelse at det kan skje en offentlig kontroll av rettergangen. Hensynene i forbindelse med begrunnelsens formål og funksjon er fremhevet også i senere avgjørelser, se blant annet Tatishvili mot Russland (applikasjonsnummer 1509/02) premiss 58 og Suominen mot Finland (applikasjonsnummer 37801/97), premiss 36. I saken Taxquet mot Belgia (applikasjonsnummer 926/05) ble det fremhevet at den tiltaltes forståelse av domfellelsen i all hovedsak skjer på bakgrunn av begrunnelsen for den rettslige avgjørelsen. Hensynet om at begrunnelsen skal vise partene at de er blitt hørt medfører også at det for deres del blir lettere å akseptere utfallet av saken. I forlengelse av dette forplikter den dommerne til å basere deres resonering på objektive

¹⁷⁸ Hadjianastassiou mot Hellas applikasjonsnummer 12945/87 premiss 33

¹⁷⁹ Van de Hurk mot Nederland applikasjonsnummer 16034/90 premiss 61

¹⁸⁰ Se også Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 110

¹⁸¹ Se også Tatishvili mot Russland applikasjonsnummer 1509/02 premiss 58

argumenter, samtidig som den ivaretar rettighetene til forsvaret, herunder etterprøvbareheten.¹⁸²

Når det gjelder omfanget – hvilke krav som stilles til begrunnelsen – avhenger det av avgjørelsens art, jf. Ruiz Torija mot Spania (applikasjonsnummer 18390/91) premiss 29 og Hiro Balini mot Spania (applikasjonsnummer 18064/91) premiss 27. Det følger av avgjørelsene at EMD ved fastleggelsen av plikten må ta hensyn til de forskjellige rettssystemene i Europarådets medlemsland. Etersom statene selv er gitt kompetanse til å utforme «*the modalities*», må spørsmålet om retten har oppfylt sin plikt avgjøres konkret i lys av sakens omstendigheter.

3.6 Lagmannsrettens mulighet til å henvise til tingrettens domsgrunner

Gjennomgangen av praksis ovenfor viser at lagmannsretten ved sin begrunnelse har mulighet til å henvise til tingrettens domspremisser. Er tingrettens begrunnelse utførlig kan denne virke avhjelpende hvor lagmannsrettens begrunnelse er kortfattet og snever. Rt. 2012 s. 652 avsnitt 9 kan gi støtte for en slik tolkning. I storkammeravgjørelsen ble det forutsatt lagmannsretten i enkelte tilfeller kan «*slutte seg til tingrettens lovtolkning, eventuelt med korte tilleggsbemerkninger*», jf. avsnitt 108. Forutsetningen er som nevnt at begrunnelsen for enhver anke må konkretiseres. Det innebærer at dersom lagmannsretten slutter seg til tingrettens begrunnelse må den likevel vise at anførselene er sett og oppfattet.

Dette følger også av EMDs avgjørelser i blant annet García Ruiz mot Spania (applikasjonsnummer 18390/91) og Helle mot Finland (applikasjonsnummer 20772/92) som gir uttrykk for at lagmannsretten ved sin begrunnelse i prinsippet kan slutte seg til tingrettens vurdering, forutsatt at denne er tilstrekkelig begrunnet og det i anken ikke er fremført noen vesentlige nye momenter, se og Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 110.

¹⁸² premiss 91

Problemet oppstår hvor begrunnelsene for den aktuelle ankegrunn ikke kan synes å være tilfredsstillende. I slike tilfeller vil en begrunnelse basert på en henvisning til tingrettens vurdering lett anses for at det i realiteten ikke er foretatt noen overprøvelse. Det er ikke i samsvar med kravene til begrunnelse når lagmannsretten nøyer seg med å vise til tingrettens dom uten å drøfte anførselene, jf. Rt. 2011 s. 739

4 Begrunnelseskravet i praksis

4.1 I hvilken grad silingsprosessen kan synes tilstrekkelig

Det er flere forhold begrunnelsen skal ivareta, men det mest sentrale må være at den som får en dom mot seg, føler at rettsikkerheten er ivaretatt. Spesielt vil dette være aktuelt for fullstendige anker som reiser tvil rundt avgjørende bevis ved underinstansens dom. Disse omstendighetene må ses i lys av at domfeltes mulighet til å få påanket en avgjørelse tradisjonelt er ansett for å være en sentral rettssikkerhetsgaranti.¹⁸³ En begrunnelse må derfor vise at denne retten er reell og at den utøves på et forsvarlig vis.¹⁸⁴

I forbindelse med lovendringen var en forsterket rettsikkerhet et ønskelig motiv.¹⁸⁵ Man ønsket å oppnå økt tillit til rettssystemet og en forhindring av uriktige domfellelser. Som en sikkerhet mot uriktig resultat ble spesielt objektivitetskravet fremhevet som et sentralt virkemiddel.¹⁸⁶ Dette gjaldt særlig sett på bakgrunn av gjenåpningene og frifinnelsene i Fritz Moen sakene.¹⁸⁷ En domfellelse vil få stor innvirkning på domfeltes liv – straff er tross alt det strengeste virkemiddelet samfunnet kan ta i bruk mot uønsket atferd.¹⁸⁸ Det vil samtidig også ofte være slik at domfelte ikke kan si seg ferdig med saken når en eventuell soning er gjennomført. Enten om det er gjennom jobbsøking eller i det lokale samfunnet hvor vedkommende har sin bopel, vil den etterkommende virkeligheten ofte gi en pekepinn om sakens resultat.

¹⁸³ Hov (2007) s. 568

¹⁸⁴ Prop. 141 L (2009-2010) s. 63

¹⁸⁵ Prop. 141 L (2009-2010) s. 65

¹⁸⁶ I.c

¹⁸⁷ I.c

¹⁸⁸ I.c

Min oppfatning etter å ha gått igjennom et utvalg av tilfeldige beslutninger – som naturlig nok varierer i veldig stor grad - er at de ofte bærer preg av å være standardformuleringer og gir ikke særlig god innsikt i hvorvidt kravet er tilfredsstilt, uten å måtte undersøke noe nærmere. Når silingsnotatet inneholder betydelig mer utførlig begrunnelse for beslutningen, kan det stilles spørsmål om hvorfor ikke denne offentliggjøres som begrunnelse utad. Sluttresultatet av det som vurderes i notatet burde uansett være av en slik art at det vil tåle dagens lys. Interne drøftelser vil samtidig gjerne skje gjennom interne notater på et eget behandlingsark.¹⁸⁹ Dersom dette ikke er ønskelig for å unngå å gi domfelte mer å ta tak i ved en ytterligere anke eller omgjøringsbegjæring – innebærer det en brist i de grunnleggende rettssikkerhetsprinsippene vår rettsstat bygger på.

Ankeretten kan betraktes som rettergangens sikkerhet mot at uriktige avgjørelser blir stående. Det at lagmannsretten burde utvise en viss romslighet ved silingen av bevisanker ble videre forutsatt i Møses utredning i NOU 1992:28 vedlegg 1 s. 173. Et av formålene ved innføringen av to-instansreformen var, som tidligere nevnt, å gi domfelte en utvidet rett til overprøving av skyldspørsmålet. Når man ser dette i sammenheng med at begrunnelsene ofte bygger på, naturlig nok som en konsekvens av kortfattethet, standardformuleringer som gir liten opplysningsverdi for partene,¹⁹⁰ kan det spørres om adgangen til å få overprøve en domfellelse er så reell som forutsatt. Særlig gjelder dette om man tar i betraktning at reglene åpner for et vidt skjønn.¹⁹¹ Om henvisningspraksisen i tillegg blir for streng vil også faren for at et uriktig resultat blir rettskraftig, øke.

¹⁸⁹ NOU 1992:28 s. 53

¹⁹⁰ Hov (2007) s. 568

¹⁹¹ I.c

Med en økende arbeidsbyrde¹⁹² er det ikke mulig – uten å forøke bemanningen – å unngå at det under forhåndsprøvingen vil bli praktisert en stadig strengere henvisningspraksis.¹⁹³ Jo strengere henvisningspraksisen er, desto større betenkeligheter skaper det ut fra rettssikkerhetshensyn. Det samme gjelder i forhold til den snevre adgangen domfelte er gitt til å angripe nektelsesbeslutningene.¹⁹⁴ Blir ikke omgjøringsbegjæringen, eller anken over beslutningen til Høyesterett etterkommet, er realiteten at domfelte bare har fått mulighet til en fullstendig behandling av saken – ettersom forhåndsprøvingen er å regne som en forenklet behandlingsform. Og på bakgrunn av redegjørelsen nedenfor i 2.4 kan man reise tvil ved om silingsbehandlingen kan sies å gi en like god garanti for at avgjørelsen materielt sett er et riktig resultat ved at det foreligger en så stor overvekt av påtalemyndighetens anker som blir henvist. Dette kan da oppfattes som en brist i rettssikkerheten.

Min oppfatning av hvordan begrunnelsen burde være på bakgrunn av rettsprinsippet om at tvil skal komme den tiltalte til gode – og ettersom en domfellelse kan få ødeleggende konsekvenser for domfelte - bør det forholde seg slik at hvis det er noe man helst ikke ønsker å si i en begrunnelse, da skal man vertfall si det. Er det noe man har problemer med å begrunne uten å unngå å skape tvil rundt resultatets riktighet, kan man spørre seg om nektelsesvilkåret egentlig synes å være innfridd. Tvert i mot var det ved gjennomgangen av tilfeldige utvalgte beslutninger i flere tilfeller slik at de begrunnelsene man skulle tro holdt mål, ble opphevet etter anke til Høyesterett.

En gjennomgang av praksis tyder på at det skjer en reell overprøving, men at det for enkelte saker praktiseres en for streng henvisningspraksis. I takt med forøkelsen av sakens kompleksitet vil mulighetene for en reell overprøving på tilsvarende måte bli svekket.

¹⁹² NOU 1992:28 s. 42, siden 1970 har det skjedd en økning i arbeidsbyrden, samtdig som det ble forutsatt en ytterligere økning i årene fremover

¹⁹³ I.c, de samme synspunktene ble fremsatt i forhold til Høyesteretts ankeutvalg

¹⁹⁴ Hov (2007) s. 568

Spesielt for de mest kompliserte sakene som reiser omfattende bevisspørsmål av forskjellig art, vil en forenklet overprøvningsbehandling lett bli utilstrekkelig. Dette gjelder særlig for de sakene som reiser spørsmål rundt omstendighetene som ble problematisert ovenfor i del 2.4. Det viktigste bør være å unngå at uskyldige blir dømt og at den dømmende part setter dette foran effektivitetshensyn.

Kravet om begrunnelse vil kunne fungere som en garanti for flere riktige dommer,¹⁹⁵ men det kan spørres om dette er godt nok. Statistikken som er redegjort for i del 4.2 gir et bilde av hvordan situasjonen er i dag, og den kan tyde på at silingssystemet enda ikke er godt nok ettersom det fremdeles vil være en del uriktige domfellelser, særlig sett hen til at det er rimelig å anta at ikke alle avgjørelsene med et feilaktig resultat, er fanget opp. For å kunne si noe sikkert nødvendiggjør det imidlertid nærmere undersøkelser. En reduksjon av terskelen for henvisning av spesielt kompliserte saker vil kunne gi en ytterligere reduksjon av antallet uriktige dommer.

Som del 4.2 vil understøtte, er det slik som den foreliggende praksis forholder seg, mulig at man burde vurdere en annen ordning for bevisanker. Årsaken for dette er at konsekvensen av et feil resultat vil kunne være mye større for bevisanker enn for de begrensede, fordi skyldspørsmålet allerede er avgjort for de begrensede ankene.

4.2 Omfanget i praksis – statistisk analyse

Målet med statistikken var å se litt nærmere på omfanget av silingsordningen i praksis for å kunne si noe mer om hvordan henvisningsvilkåret synes å være praktisert. Videre om begrunnelsen som er avgitt står seg for en senere overprøvelse av ankeutvalget og om det var noen endringstendens av underinstansens dom for de sakene som ble henvist til forhandling. Det ønskelige var å kunne si noe om overprøvingen i silingsprosessen virker tilstrekkelig til å innfri de kravene som ligger til grunn for at det er foretatt en reell

¹⁹⁵ Ryssdal (2010)

overprøving. En enkel statistisk analyse kan gi et bilde på hvilke resultat begrunnelsesplikten på den måten har gitt.

Siden det er mange sentrale parametere man kan ta i betraktning ved en statistisk analyse, er det nødvendig å redegjøre for hvilke avgrensninger som ble foretatt.

Ankesakene som er gjennomgått omfatter kun påankede avgjørelser innenfor Borgarting lagmannsretts lagdømme. Det gjelder også for de avgjørelsene som er påanket videre til Høyesterett. Samtidig omfattes kun anker som er vurdert under straffeprosessloven § 321 annet ledd. Den aktuelle tidsperioden avhenger av hvilken instans sakene er behandlet i. I lagmannsretten strekker perioden seg fra 01. januar 2010 til og med 30. mars 2012. For Høyesterett er det aktuelle intervallet fra 01. juni 2010 til og med 01. mai 2012. Årsaken til tidsforskyvningen er at sakene selvfølgelig behandles senere i Høyesterett, og det var nødvendig å sikre at alle avgjørelsene som er med i statistikken for lagmannsretten, dersom de var anket dit, også var ferdig behandlet i Høyesterett.¹⁹⁶

Det er foretatt en avgrensning mot anker som avvises – på de forskjellige grunnlagene dette kan skje.¹⁹⁷ Det samme gjelder ankesaker som er hevet under silingen og for saker som dreier seg om gjenåpning. Avgrensningene er foretatt ettersom de faktisk ikke er et direkte resultat av straffeprosessloven § 321 annet ledd. Det må også understrekes at det i statistikken ikke skilles mellom fullstendig- og begrenset anke.

Når det gjelder selve resultatet av statistikken må det tas et forbehold mot at silingspermene som det ble tatt utgangspunkt i, tallmessig sett er fullstendige, og at alle avgjørelser som er aktuelle, og som er påanket videre til Høyesterett fra siste halvdel av 2012, ikke

¹⁹⁶ For å få et riktig bilde har jeg kryssjekket at tidsperiodene korrelerer med hvilket stadium av rettergangen sakene befinner seg på

¹⁹⁷ Jf. straffeprosessloven §§ 318 og 319

nødvendigvis er endelig avgjort. Dersom det imidlertid skulle foreligge avvik er det naturlig å anta at det ikke ville gjort noe særlig utslag i prosentandelene ettersom utvalget er såpass stort. Disse forholdene tatt i betraktning er statistikken ikke ment å være presis, men en statistikk som gir et bilde av situasjonen.

Tallene i figurene 1-4 reflekter omfanget av ankene i Borgarting lagdømme i et tidsintervall fra 01. januar 2010 til 31. mars 2012.

Figur 1: Anker til lagmannsretten; ankegrunnene

	Antall anker	%
Totale anker ¹⁹⁸	2022	
Nektet fremmet	1257	62,2 %
Henvist til behandling	623	30,8 %
Avgjort ved dom	94	4,6 %
Opphevet ved dom	48	2,4 %
Begjært omgjort	52	2,6 %

Figur 1 viser at det totalt er 2022 saker som er gjennomgått. Av disse var det 62,2 % som var nektet fremmet, mens 30,8 % ble henvist til behandling. Det er viktig å legge til at saker som bare delvis ble henvist til behandling (166) er med i henvisningsprosenten og ikke i nektelsesprosenten.

¹⁹⁸ Tallet reflekterer totalt behandlede anker etter straffeprosessloven § 321 annet ledd. De øvrige målenhetene reflekterer antall resultat av kombinerte ankegrunner og er således uavhengig av antall anker totalt

Figur 2: Anker henvist til behandling

Resultat av ankeforhandling	Antall anker	%
Henvist total ¹⁹⁹	528	
Gunst for tiltalte	284	53,8 %
Ugunst for tiltalte	169	32,0 %
Endring totalt	435	82,4 %
Ingen endring i domsslutningen	91	17,2 %
Opphevet ved dom	4	0,8 %
Hevet	1	0,2 %

Figur 2 viser at for de henviste sakene skjedde det en endring i 83 % av tilfellene, hvorav 32 % til ugunst og 54,4 % til gunst for domfelte. Av de totalt 282 sakene som endte til gunst var det 49 frifinnelser (sistnevnte reflekterer saker hvor det er foretatt totale frifinnelser, uavhengig av om dette gjelder for bare en eller flere av de tiltalte i saker hvor flere er domfelt).

Figur 3: Antall henviste anker

	Antall anker	%	Antall henvist	% henvist
Antall anker	2022		624	30,9 %
Anker fra tiltalt	1879	92,9 %	504	26,8 %
Anker fra påtalemyndighet	202	10,0 %	169	83,7 %

Figur 3 viser at totale anker foretatt av tiltalte ble 26,8 % henvist til ankeforhandling. Mens tilsvarende tall fra påtalemyndigheten av deres totale anker er hele 83,7 % henvist.

¹⁹⁹ 101 (16 %) av de henviste ankene er ikke regnet med, da de ikke var tilgjengelige på lovdata. Disse kommer ikke i sammenheng, men er spredt jevnt fordelt over hele perioden. Av den grunn er det rimelig å anta at fordelingen mellom gunst og ugunst ikke er veldig forskjellig fra utvalget av de 528 avgjørelsene som er kontrollert. Det var ikke ment å sette opp en presis statistikk, men en statistikk som gir et bilde av situasjonen

Dette viser at det sammenlignet med tiltalte, er betydelig lettere for påtalemyndigheten å nå frem med sin anke. Det er flere forhold som kan ligge til grunn for dette. Det er uomtvistelig slik at noen tiltalte bare vil anke for å anke. Omkostningsmomentet mangler sammenlignet med sivile saker. Det er derfor lettere for en tiltalt som ikke har noe å tape, å anke domfellelsen i håp om å få et bedre utfall. Når påtalemyndigheten anker kan derfor anken oppfattes å ha et mer sikkert grunnlag. Dette vil antagelig særlig gjelde selvstendige anker fra denne. Samtidig forutsettes det antagelig at påtalemyndigheten ikke bare anker for å anke. Ut fra dette er det rimelig at forholdet mellom anker som blir henvist fra påtalemyndighetene og tiltalte blir noe skjevdelt, men på bakgrunn av tallene kan det virke som om påtalemyndigheten er i overvekt begunstiget. Særlig sett i relasjon til nedenforstående:

«Bortsett fra denne særregelen (§ 349) bør reglene om avsiling være de samme uten hensyn til om det er siktede eller påtalemyndigheten som har anket»²⁰⁰

Det er ikke satt av tid til å analysere hvilke type saker som er henvist, men noe kan likevel sies. Det er en overveiende andel av de henviste sakene som kan sorteres under straffutmålingsanker²⁰¹ – og ankene dreier seg spesielt om forhold rundt veitrafikk, legemsbeskadigelse, legemensfornærmelse, mindre vinningsforbrytelser og narkotika. Ankene som ble henvist til ankeforhandling ble gjennomgått uten at det ble foretatt noen detaljert statistikk. Ut fra gjennomgangen synes som om de komplekse bevissakene ikke i like stor grad er representert i henvisningsprosenten - tvert i mot skulle man tro at det var motsatt. Dette kan virke noe betenkelig, da det for disse mer omfattende sakene burde være vanskeligere å avgjøre ankens framtidsutsikter. Avhengig av anførselens karakter er de store komplekse sakene gjerne mindre oversiktlige og består ofte av et omfattende

²⁰⁰ NOU 1992: 28 s. 53

²⁰¹ Dette samsvarer med NOU 1992:28 s. 43-44 som dreide seg om anker til Høyesterett, og utgjorde ca 75 % av sakene

bevismateriale. Det kan spørres om prinsippet om fri bevisførsel også kan by på vanskeligheter, her siktes det til at en feilaktig bevisvurdering i tingrettens dom kan forplante seg videre, se redegjørelsen under del 2.4. Det følger av prinsippet at en dommer kan velge å se bort fra beviser og dermed unnlate å kommentere dem i en dom. Han skal selv foreta en samvittighetsfull bevisvurdering hvor det som dommeren finner bevist vektlegges. Hva dommeren oppfatter og vektlegger kan imidlertid være individuelt avhengig. Det er nærliggende å tro at denne faren øker med økende bevismengde. Men for å kunne si dette sikkert må man eventuelt foreta nærmere undersøkelser.

I figur 2 ser man at det blir endring i hele 83 % av sakene som henvises. Dette viser at ankebehandlingen er av stor betydning. Når flere av sakene endres til gunst enn ugunst for tiltalte kan det peke i den retning at man burde være mer lempelig i forhold til antall saker som henvises. Dette tilsier muligens at det ville være riktig at flere saker enn det som er tilfelle i dag får en ny behandling. Samtidig kan antallet saker som får endret resultat sees på som et indisium på at henvisningspraksisen er for streng. I forlengelsen av dette kan det nevnes at Høyesterett i storkammeravgjørelsen forutsatte at det generelle kravet om begrunnelsesplikt i silingsaker ville føre til flere henvisninger til ordinær behandling sammenlignet med situasjonen før avgjørelsen, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 112. En slik økning ble heller ikke funnet betenkelig.

Figur 4: Antall beslutninger påanket til Høyesterett

	Antall	%	% av nektet fremmet
Ankenektelse påanket til Høyesterett	231		
Beslutning opphevet av Høyesterett	19	8,2 %	1,4 %
Anker forkastet av Høyesterett	212	91,8 %	

Figur 4 viser at av 231 ankenektelser som ble påanket til Høyesterett, ble 19 beslutninger, det vil si 8,2 % opphevet av ankeutvalget. Disse sakene utgjør et resultat på 1,4 % av antall anker nektet fremmet og reflekterer et mulig mål på feil i silingsprosessen - dette er anker som Høyesterett vil at lagmannsretten skal vurdere på nytt

Figur 5: Resultat av ny siling

	Antall	%
Beslutning opphevet av Høyesterett	19	
Nektet fremmet ved ny siling	6	31,6 %
Henvist til behandling ved ny siling	10	52,6 %
Ikke registrert	3	15,8 %

Av disse 19 sakene som da ble henvist til ny siling hos lagmannsretten ble 1 dom av tingretten opphevet, 6 nektet fremmet på ny, 7 fikk et endret resultat til gunst, 1 til ugunst og 1 hvor tingrettens domsslutning ble stående. De resterende 3 var det ikke registrert ny sak på (figur 5). Dette viser at et overveiende antall av ankene over nektelsesbeslutningene ble forkastet av ankeutvalget, som igjen indikerer at den avgitte begrunnelse alt overveiende holder mål. Det er nærliggende å tro at antall saker kan være høyere da Høyesterett kun vurderer begrunnelsen og ikke de faktiske forhold utover «bevisvurderingen som knytter seg til saksbehandlingsspørsmålet», jf. Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61.

Figur 6: Resultat av ankeforhandling

Resultat av ankeforhandling	Antall	%	% av nektet fremmet
Gunst for tiltalte	7	70,0 %	0,5 %
Ugunst for tiltalte	1	10,0 %	
Ingen endring i tingrettens domsslutning	1	10,0 %	
Opphevet ved dom	1	10,0 %	

Etter tallene som følger av figur 6, var det slik at når anken først ble tatt til følge endte 7 av de 8 ankene som fikk et annet resultat enn tingrettens dom til gunst for tiltalte. Ut fra dette må man kunne si at det alt overveiende synes som om begrunnelsene fra lagmannsretten etter Høyesterett ankeutvalgets mening er ansett for å være tilstrekkelige.

Sakene som etter en ny silingsrunde og etter ankeforhandling i lagmannsretten utgjør 0,5 % av totale anker som er nektet fremmet av lagmannsretten i første omgang. Tallet viser at silingssystemet ikke fanger opp alle dommer som innehar et feilaktig moment, og det er nærliggende å tro at det samme vil skje for enkelte av sakene som påankes til Høyesterett. For disse sakene (0,5 %) kan man vertfall legge til grunn at det er påviselig at begrunnelseskravet har gode grunner for seg. Man må spørre seg om samfunnet er villig

til å risikere at feilaktige dommer blir stående som rettskraftige. Spesielt når baksiden er at domfelte blir uskyldig dømt samtidig som den skyldige går fri.²⁰² For å kunne si noe mer om denne realiteten måtte imidlertid videre analyser vært utført.

4.3 Muligheten til videre forskning

Det er aktuelt å undersøke om saksbehandlingsmengden har en betydning for henvisningsprosenten ved bevisanker. Dersom undersøkelsen viser at saksmengden har en betydning, kan det eksempelvis ved stor saksmengde være en tilfredsstillende ved man ikke har mange saker på vent. Sammenlignet med de begrensede ankene krever store bevisanker gjerne vesentlig mer av rettssystemet, både i form av tid og ressurser. For en overbelastet instans kan det derfor være ønskelig å få de tidskrevende sakene ut av systemet.

Det er også aktuelt å se på hvilket grunnlag ankene som faktisk ble henvist til ny vurdering i lagmannsretten var basert på og hvilke type saker det dreier seg om, herunder volds- og sedelighetssaker, økonomisk kriminalitet, narkotika mv. Som tidligere nevnt kan synes som om straffutmålingsanker er i overvekt, og at det er de enkle sakene rent bevismessig som slipper gjennom. Dette er forhold som det ville vært verdt å se nærmere på for å validere om denne antagelsen stemmer. Det ville også vært veldig interessant å sammenligne de forskjellige lagdømmene ettersom det er rimelig å anta at det foreligger innbyrdes forskjeller i forhold til henvisningspraksis,²⁰³ særlig med tanke på hvor strengt vilkåret praktiseres. Hvis langt flere saker henvises til ny behandling i de øvrige lagdømmene enn i Borgarting vil det være et uttrykk for at sannsynligheten for at en feilaktig dom i tingretten innen for Borgartings lagdømme vil ha større sannsynlighet for å bli rettskraftig enn innenfor de andre lagdømmene. Skulle dette være tilfelle må man se på ressurssituasjonen til Borgarting særlig ettersom Borgarting har betydelig større saksmengde blant annet fordi de er vernet for de sakene som angår alle statlige institusjoner. Som eksempel kan nevnes

²⁰² Prop. 141 L (2009-2010) s. 63

²⁰³ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 53

at det i 2012 var 1211 anker i straffesaker i Borgarting, men det i Agder (som hadde nest flest ankesaker i samme periode) var 612 straffesaksanker.²⁰⁴ En annen mulighet er å se mer i detalj hva som kan øke tilliten til at anken faktisk undergis en reell overprøving. Eksempelvis et verktøy som sikrer at den dokumentasjonen som nødvendigjør reell overprøving faktisk er gjennomgått.

²⁰⁴ Domstolenes årsrapport

5 Litteraturliste

- Andenæs (2010) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4 utg. ved Tor – Geir Myhrer. Oslo, 2010
- Bjerke (2011) Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik. *Straffeprosessloven Kommentartutgave*. Bind II. 4. utg. Oslo, 2011
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006
- Hov (2007) Hov, Jo. *Rettergang I*. Oslo, 2007
- Hov (2010) Hov, Jo. *Rettergang II*. Oslo, 2010
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2 utg. Oslo, 2012
- Jebens (2004) Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004
- Robberstad (2010) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2010

Nettartikler

- Andenæs (2010) Andenæs, Mads og Kravik, Andreas Motzfeldt. *Norske verdier og EMK*. I: Lov og Rett. 2010, s. 579-599.
<http://www.idunn.no>
- Lier (2012) Lier, Curt A. *Bevissikring mangler i norske domstoler*. Juristforbundet. 2012 (18. april 2013)
<http://www.juristforbundet.no/Meninger-NY/Aktuelle-saker/Bevissikring/>
- Skoghøy (2011) Skoghøy, Jens Edwin A. *Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti*. I: Lov og Rett. 2011, s. 511-530.
<http://www.idunn.no>
- Skoghøy (2009) Skoghøy, Jens Edwin A. *Leder: Ankesiling og begrunnelse*. I: Lov og Rett. 2009, s. 129
<http://www.idunn.no>

Nettdokumenter

- Høring (2009) Justitiarius i Høyesterett. *Høring – endringer i reglene om begrunnelse av beslutninger om å nekte anker fremmet*. 01. juli 2009.
<http://www.regjeringen.no/pages/2191091/Hoyesteretts%20kantor.pdf>

Avisartikler

- Foss (2012) Foss, Andreas Bakke. *Satt to år i fengsel uskyldig dømt*. I: Aftenposten. 01.november 2012. (14. april 2013)
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Satt-to-ar-i-fengsel-uskyldig-domt-7034451.html>
- Ryssdal (2010) Ryssdal, Anders. *Hvorfor begrunnelse?* I: Aftenposten. 11.oktober 2010. (14. april 2013)
<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Hvorfor-begrunnelse-6271934.html>

Norske lover

- 1902 Lov av 22. mai nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
- 1915 Lov av 13. august nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- 1981 Lov av 22. mai nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1999 Lov av 21 .mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Forskrifter

- 1985 Forskrift av 28. juni nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)

Utenlandske lover

- Rättegångsbalk Rättegångsbalk (1942:740)

Traktater

EMK	Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950
SP	FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
TP 7	Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 22. november 1984

Nasjonale forarbeider

NOU 1992:28	To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker
NOU 2003:15	Fra bot til bedring
NOU 2006:10	Fornærmede i straffeprosessen – et nytt perspektiv og nye rettigheter
NOU 2011:13	Juryutvalget. Når sant skal skrives
Prop. 141 L (2009-2010)	Endringer i straffeprosessloven mv.
Ot.prp. nr. 66 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)
Ot.prp. nr. 78 (1992-1993)	Om lov og endringer i straffeprosessloven mv. (to-instansbehandling, anke og juryordning)

Internasjonale forarbeider

Prop.2004/05: 131	En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol
-------------------	--

Nasjonale rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1996 s. 841	Rt. 2009 s. 703	Rt. 2011 s. 691
	Rt. 2009 s. 833	Rt. 2011 s. 739
Rt. 1999 s. 1408	Rt. 2009 s. 849	Rt. 2011 s. 961
	Rt. 2009 s. 872	Rt. 2011 s. 1332
Rt. 2000 s. 996	Rt. 2009 s. 926	Rt. 2011 s. 1537
	Rt. 2009 s. 946	Rt. 2011 s. 1590
Rt. 2003 s. 62	Rt. 2009 s. 1002	HR-2011-1971-U
	Rt. 2009 s. 1006	HR-2011-2220-U
Rt. 2004 s. 425	Rt. 2009 s. 1118	
	Rt. 2009 s. 1188	Rt. 2012 s. 15
Rt. 2005 s. 163	Rt. 2009 s. 1407	Rt. 2012 s. 639
Rt. 2005 s. 833	Rt. 2009 s. 1590	Rt. 2012 s. 652
Rt. 2005 s. 1131		Rt. 2012 s. 939
Rt. 2005 s. 1200	Rt. 2010 s. 8	Rt. 2012 s. 978
Rt. 2005 s. 1240	Rt. 2010 s. 84	Rt. 2012 s. 1161
	Rt. 2010 s. 456	Rt. 2012 s. 1209
Rt. 2007 s. 455	Rt. 2010 s. 597	Rt. 2012 s. 1246
Rt. 2007 s. 1255	Rt. 2010 s. 807	Rt. 2012 s. 1342
	Rt. 2010 s. 909	Rt. 2012 s. 1438
Rt. 2008 s. 18	Rt. 2010 s. 919	Rt. 2012 s. 1843
Rt. 2008 s. 1128	Rt. 2010 s. 987	
Rt. 2011 s. 1764	Rt. 2010 s. 1147	Rt. 2013 s. 62
	Rt. 2010 s. 1195	
Rt. 2009 s. 58	Rt. 2010 s. 1281	
Rt. 2009 s. 80	Rt. 2010 s. 1487	
Rt. 2009 s. 252		
Rt. 2009 s. 471	Rt. 2011 s. 579	

Internasjonale rettsavgjørelser

Avgjørelser av FNs menneskerettighetskomité (Komitéen)

<i>Parter</i>	<i>Kommunikasjonsnummer</i>
Aboushanif mot Norge (<i>Restauratørsaken</i>)	1542/2007
Juma mot Australia	984/2001
Perera mot Australia	536/1993
Bryhn mot Norge	789/1997
Lumley mot Jamaica	662/1995

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

<i>Parter</i>	<i>Applikasjonsnummer</i>	<i>Dato</i>
Delcourt mot Belgia	2689/65	17.01.70
Monnell og Morris mot Storbritannia	9562/81;9818/82	02.03.87
Van de Hurk mot Nederland	16034/90	19.04.94
Ruiz Torija mot Spania	18390/91	09.12.94
Hiro Balani mot Spania	18064/91	19.12.94
Helle mot Finland	20772/92	19.12.97
García Ruiz mot Spania	30544/96	21.01.99
Hirvisaari mot Finland	49684/99	27.09.01
Suominen mot Finland	37801/97	01.07.03
Tatishvili mot Russland	1509/02	22.02.07
Sanchez Cardenas mot Norge	12148/03	04.10.07
Taxquet mot Belgia	926/05	16.11.10

Annet

<http://www.domstol.no/statistikk> (Statistikk for lagmannsrettene per domstol 2012)

<http://www.idunn.no>

<http://www.lovdatab.no>

<http://snl.no/to-instansreformen> (Store norske leksikon)