

Konfluensen mellom materielle rettsnormer og prosessuelle
beslutningsmekanismer

Essays i anvendt rettsteori

Gunnar Nordén
Avhandling for graden *dr.philos.*
Universitet i Oslo

© Gunnar Nordén, 2013

*Series of dissertations submitted to the
Faculty of Law, University of Oslo
No. 60*

ISSN 1890-2375

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted, in any form or by any means, without permission.

Cover: Inger Sandved Anfinsen.
Printed in Norway: AIT Oslo AS.

Produced in co-operation with Akademika publishing.
The thesis is produced by Akademika publishing merely in connection with the thesis defence. Kindly direct all inquiries regarding the thesis to the copyright holder or the unit which grants the doctorate.

FORORD

Denne avhandlingen utspringer fra prosjektet *Functional Analysis of Law: Framework and Examples*, som jeg påbegynte som universitetsstipendiat i Oslo høsten 2006. På grunn av et påkommende langvarig utenlandsopphold, er prosjektet delt i to uavhengige avhandlinger. Det foreliggende arbeidet leveres til bedømmelse for en ikke-veiledet grad. *The Structure of Norms and Legal Uncertainty* vil bli levert ved Yale Law School (og videreutvikler det analytiske rammeverket med anvendelser i privatrett og sivilprosess).

Jeg har vært tilknyttet Instituttet for privatrett. Jeg er takknemlig for støtte fra Instituttet i forbindelse med utenlandsoppholdet, og for at jeg har fått disponere kontor etter hjemflytting. En særlig takk går i denne forbindelse til kontorsjef Eva Modvar. Overingeniør André Nilsen har gitt vedvarende og ypperlig IT-støtte. Bibliotekarene ved Instituttet er alltid imøtekommende og hjelpsomme.

I de enkelte hovedkapitlene anerkjennes de mange som har gitt verifulle råd og innspill. Jeg vil likevel rette en særlig og hjertelig takk til professor Erling Eide og professor Svein Eng, som har gitt støtte på mange nivåer i flere år.

Advokat Anders Ryssdal initierte arbeidet med dobbeltprosess (del II). Han har også bidratt med strategidiskusjoner på viktige punkter. Vi står etter mitt ønske i alle andre sammenhenger enn denne som felles forfattere av arbeidet.

Min venn Birger Strøm har vært generøs med programmeringshjelp. Min studiekamerat fra Oslo og London, Espen R. Moen, er en vedvarende kilde til konstruktiv kritikk.

Jeg har mottatt generøs økonomisk støtte fra Det juridiske fakultets reisefond, Senter for risiko- og forsikringsforskning ved Handelshøyskolen BI og The American-Scandinavian Foundation (The Andrew E. And G. Norman Wigeland Fund).

Oslo i mai 2012,

Gunnar Nordén

Til

Alexandra

Oscar, Zoe og Theodor

INNHold

I.	Innledning	32 sider
II.	Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og folkerettslige krav til prosessordningen	148 sider
III.	Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court	18 sider
IV.	Reasoned Judgments and the Rule of Law: <i>Juries v. Mixed Courts</i> under Norm-Based Legal Uncertainty	50 sider

Del I. Innledning

Innledning

1. Sammendrag	1
2. Representasjon av rettsnormer	7
3. Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og folkerettslige krav til prosessordningen	16
4. Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court	20
5. Reasoned Judgments and the Rule of Law: <i>Juries v. Mixed Courts</i> under Norm-Based Legal Uncertainty	23
6. Videre problemstillinger	25
Referanser	30

1. Sammendrag

Rettsavgjørelser treffes under henvisning til eksternt gitte kriterier i materielle rettsnormer. Avgjørelsene genereres i kollektive beslutningsmekanismer, som aggregerer individuelle rettsanvenderes bedømmelser. Direkte følger av avgjørelsene er ordnede par av rettsfakta og rettsfølger.

Beslutningsmekanismene inngår i et hierarkisk system. Ordnete par av rettsfakta og rettsfølger kan oppnå (uniform) rettskraft på forskjellige nivåer i systemet. Par som oppnår rettskraft, danner elementer i det som kan kalles gjeldende rett på *ekstensiv form*.

En delmengde av disse avgjørelsene vil en som følge av doktriner på nivået for juridisk metode ("rettskildelære"), bidra til fastleggelsen av innholdet i de materielle rettsnormene selv. Dette gjenspeiler overgang til en *intensjonal* forståelse av et begrep om gjeldende rett (de eksternt gitte kriteriene for avgjørelsene): abstrakte relasjoner mellom sett av betingende fakta og sett av rettsfølger.

Avhandlingen studerer sammenhengen mellom slike abstrakte relasjoner (materielle rettsnormer på intensjonal form) og avgjørelsene som treffes i beslutningsmekanismene. En hovedtese er at utformingen av mekanismene har systematisk betydning for avgjørelsene som

genereres. Denne simultane sammenhengen – *konfluensen* – mellom rettsnorm og beslutningsmekanisme kartlegges i avhandlingen innenfor rammen av det som kan kalles statistisk analyse.

Utformingen av beslutningsmekanismene vil – selv for fastholdte normer på nivået for juridisk metode – over tid virke tilbake på utviklingen av de materielle rettsnormene. En slik dynamisk analyse forutsetter den statiske analysen, men reiser problemstillinger som det i hovedsak avgrenses mot.

Rettsavgjørelser konseptualiseres som anvendelse av rettsnormer på komplekser av betingende fakta. Kompleksene kan være stipulert eller erkjennes som ledd i rettsanvendelsesprosessen. Avgjørelsene treffes typisk, om enn ikke definatorisk, under usikkerhet. I avhandlingen skilles det analytisk mellom usikkerhet på betingelsessiden for normer ("faktisk usikkerhet") og usikkerhet som gjelder strukturen til relasjonene mellom betingende fakta og rettslige konsekvenser: for gitte komplekser av betingende fakta determinerer normen fra et *ex ante*-perspektiv ikke med nødvendighet én rettsfølge eller ett kompleks av rettsfølger. Stikkord er normer med vage begreper eller begreper med såkalt avveiningsstruktur eller lignende. Dette betegnes her som *norm-basert rettslig usikkerhet*.

Usikkerhet (indeterminisme) kan relativt til den enkelte rettsanvender forankres på nivået for juridisk metode eller på nivået for ordinære rettsnormer. Nivået for metode gjelder relasjonen mellom betingende sett av rettskildefaktorer og sett av mulige ordinære rettsnormer. Nivået for ordinære normer gjelder relasjonen mellom betingende sett av rettsfakta og sett av mulige rettsfølger under normen. Det analytiske skillet mellom faktisk og norm-basert usikkerhet er relevant på begge nivåer.

Avhandlingen kartlegger den funksjonelle betydningen av kollektivstørrelse og hvordan individuelle rettsanvenderes bedømmelser aggregeres (avbildes) til potensielt bindende avgjørelser under usikkerhet. En hovedtese er at analysen av konfluensen mellom prosessuelle og materielle normer fremmes av at normene representeres analytisk. En slik representasjon bør gjenspeile nivåene og formene for usikkerhet som gjør seg gjeldende i rettslig argumentasjon. Samtidig bør den være så enkel at et hensyn til operasjonaliserbarhet ivaretas. Representasjonsproblemet foreslås løst ved bruk av funksjonsbegrepet fra matematikk i kombinasjon med grunnleggende begreper fra sannsynlighetsteori.

Relevansen av avhandlingens to fastholdte teser

- betydningen av konfluensen mellom materielle normer og beslutningsmekanismer
- relevansen av et analytisk rammeverk for analyse av problemstillingen

søkes demonstrert gjennom en forpliktende og detaljert analyse av faktisk virkende kollektivmekanismer i norsk sivil- og straffeprosess på forskjellige nivåer i domstolshierarkiet. Analysen inkluderer visse særlige ”horisontalt sammensatte” dobbeltprosessmekanismer som anvendes ved avgjørelsen av straffekrav.

Det stilles omfattende krav til rettslige beslutningsmekanismer. Dette gjelder både mekanismene som sådanne (stikkord: uavhengighet, størrelse, vedtaksførhet), og beslutningstakerne (stikkord: habilitet, kompetanse og representativitet). Samtidig er avgjørelsesprosessen særskilt strukturert gjennom for eksempel deling av beslutningstemaer (separat avgjørelse av skyld- og reaksjonsspørsmål i straffesaker), bifurkering (splittelse av lagmannsrett i jury og rett) og dikotomisering (usikkerhet om grunnlag for rettskrav tillates ikke å virke graduelt på følgesiden). Karakteristisk er også den hierarkiske organiseringen, som gjennom et sinnrikt system kan medføre ny behandling i høyere instans (*de novo*) eller partiell prøving (eventuelt

etterfulgt av hel eller delvis ny behandling i prøvende eller lavere instans med eller uten rettslige føringer). Hierarkiet er mest omfattende med hensyn til prøving av kriterier i materielle normer og anvendelse av prosessuelle normer. Disse aspektene kan også prøves i internasjonale organer utenfor domstolshierarkiet (EMD og Menneskerettighetskommissjonen). Avgjørelsene får ikke direkte rettskraftsvirkning i Norge.

I fravær av usikkerhet gir en så kompleks organisering av avgjørelsesregimet ikke mening. For en gitt konstellasjon av rettskildefaktorer og rettsfakta måtte alle rettsanvendere deduktivt gjøre de samme bedømmelsene. Dermed måtte alle kollektiver, uansett størrelse, sammensetning, plassering i hierarkiet og utforming forøvrig (herunder i dobbeltprosesskonfigurasjoner), generere det samme komplekset av rettsfølger. Ressursbruk for å legitimere avgjørelser og å gi dem sollenitet og autoritet – eller mer generelt, selvstendig vektlegging av hvordan mekanismene *fremstår* –, ville være overflødig. Materielle rettsnormer kunne betraktes isolert fra beslutningsmekanismene. Kun et minimalt apparat ville være nødvendig for å *kontrollere* at norm-algoritmer ble fulgt.

Avhandlingen studerer rettsavgjørelser under usikkerhet fra et funksjonelt (resultat-relativt) perspektiv. Det formuleres analytiske forutsetninger som i stor grad reflekterer idealiserte normative krav. Rettsanvenderne identifiseres i en *ex ante* forstand med materielle rettsnormer (dette formuleres både implisitt og eksplisitt i analysene) og antas å opptre på en ikke-strategisk måte i kollektivene. Innfallsvinkelen muliggjør en relativt sett større fokus på detaljer i normative strukturer enn den dominerende litteraturen om dommeradferd, som kan betegnes som ”preferansebasert”.

Prosessmekanismer kommer til anvendelse i en rekke sakstyper og er invariante overfor brede variasjoner i materielle normer. Domstoler har ikke direkte kontroll over sakene som

kommer til pådømmelse.¹ Dette reflekteres i analysene ved at det ikke tas stilling til hvilke saker som kommer til pådømmelse – de er i denne forstand ”åpne”.

Usikkerhet inkorporeres på to måter i analysene. I det som kan betegnes som en trekningmodell, velges rettsanvendere eller bevisbedømmere fra referansepopulasjoner av fagdommere, leddommere og lagrettemedlemmer som definert i prosesslovene. Modelleringen åpner for både faktisk og rettslig usikkerhet, men formuleringen av materielle normer (herunder beviskravregler) og bevisbedømmelsesprosessen er implisitt. Det dokumenteres systematiske forskjeller mellom avgjørelser som genereres i meddomsretter og lagrette (jury) både med homogene og heterogene referansepopulasjoner. En trekningmodell brukes også til å analysere risikoen tiltalte eksponeres for ved adgangen til tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser med etterfølgende meddomsprosess.

Usikkerhet inkorporeres også direkte i representasjonen av de materielle rettsnormene. Under (eksplisitt) norm-basert usikkerhet studeres transformasjonen av rettslige standarder som en funksjon av kollektivmekanisme. Blant annet studeres den funksjonelle betydningen av Høyesteretts sammensetning i ankeutvalg, avdeling, storkammer og plenum. Analysen peker blant annet mot å la et begrep om gjeldende rett (på intensjonal form) betinges på prosessmekanismen.

Under denne konseptualiseringen av usikkerhet analyseres også krav til begrunnelse av kollektiv-avgjørelser som aktualisert av *Taxquet*-dommen i EMD. Under henvisning til uomgjengelige *logiske* problemer som oppstår ved aggregering av individuelle bedømmelser under kriterier i materielle normer (stikkord: det doktrinære paradoks og logisk aggregeringsteori), argumenteres det for at idealiserte normative krav vil måtte bety overgang fra et utfallsbasert til et premissbasert voteringsregime. Det kartlegges hvilken risiko dette kan medføre for tiltalte i en liten og stor meddomsrett. Effekten av et skifte fra en utfallsbasert jury

¹ Domstolstrukturen vil kunne påvirke strømmen av saker som kommer til pådømmelse. Dette reiser problemstillinger som det avgrenses mot her (siling gir kun negativ kontroll).

(lagretten) til en premissvoterende stor meddomsrett, kartlegges også (endringen i voteringsregimet og kollektivstørrelsen virker da simultant). Flere aspekter ved analysen er relevant for sivilprosessuelle mekanismer.

For skarpere karakteristikk av prosessmekanismene drøftes kriterier for evaluering av avgjørelsene som genereres. Under perspektivet i trekningsmodellen foreslås – med henvisning til legalitetsprinsippet og aksiomer bak det såkalte May's teorem (stikkord: likebehandling og legitimitet) – majoritetsoppfatningen i en referansepopulasjon som målestokk. Under norm-basert usikkerhet foreslås – med henvisning til faktiske domstolsstrukturer – majoritetsutfallet i en (uendelig) stor mekanisme som målestokk. Målestokkene gjør det mulig å knytte utformingen av mekanismene til kontroll med type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte) og type II feil (frifinnelse av skyldig tiltalte) over settet av mulige saker. De muliggjør også interessante (og intuitive!) rasjonaliseringer av forekommende krav til kollektivstørrelse og voteringsregler i sivil- og straffeprosess.

Analytiske rammeverk kan gis forskjellige tolkninger. Det illustreres i avhandlingen ved veksling mellom et treknings- og norm-basert perspektiv på usikkerhet. I tillegg betraktes den mulighet at normer determinerer utfall, men at rettsanvendere har forskjellig evne (i litteraturens terminologi: kompetanse) til å identifisere utfallene. Under denne tolkningen har kollektiver ulike ”epistemiske” egenskaper i betydningen evne til å nå det forutsatt korrekte resultatet.

Under alle konseptualiseringene av usikkerhet kan det fra et funksjonelt perspektiv stilles spørsmål ved den trinnvise oppbygningen av domstolssystemet. Det antydes at *Taxquet*-dommen kan forstås som forsøk på etablering av en hierarkisk ordnet, byråkratisk autoritetsstruktur på straffeprosessens område.

Avhandlingens tilknytning til den gjeldende prosessordningen gjenspeiler at den er ment som et bidrag til *anvendt* rettsteori. Det samme gjelder forutsetningen om at normer på nivået for juridisk metode i hovedsak fastholdes og begrensningen til statisk analyse av de materielle normene. På bakgrunn av en omfattende gjennomgang av norske og internasjonale rettskilder, fremsettes dessuten falsifiserbare hypoteser om at flere aspekter ved dobbeltprosessmekanismen bryter med bindende folkerettslige krav til prosessordningen. Internrettslige konsekvenser av hypotesene kartlegges også.

Samtidig knytter avhandlingen an til mer generelle problemstillinger. Det gjelder forslaget til løsning av representasjonsproblemet og de funksjonelle analysene av beslutningsmekanismene som sådanne. Integrasjonen av norm-basert usikkerhet i analysen av kollektivmekanismene (herunder logisk aggregeringsteori), er såvidt vites original.

Avhandlingen intenderer å være et bidrag til en kumulativ rettsteori. Den knytter an til analytiske strukturer som har en dyp intellektuell historie. På grunn av den eksplisitte formuleringen av forutsetninger, kan analysen etterprøves og kritiseres. Den kan sofistikeres og det analytiske rammeverket overføres til analyse av andre problemstillinger.

I resten av innledningen gjøres det kortfattet rede for enkeltbidragene i hoveddel II, III og IV (henholdsvis avsnitt 3—5). I avsnitt 2 gjøres det imidlertid først mer inngående rede for løsningen av representasjonsproblemet, som har relevans for alle delene. I det avsluttende avsnitt 6 antydes problemstillinger som det er nærliggende å forfølge i forlengelsen av avhandlingen.

2. Representasjon av rettsnormer

Rettsnormer inngår i omfattende systemer. En kartlegging av fenomenene som skal representeres forutsetter derfor en institusjonell bakgrunn som selv er konstituert av rettsnormer. Be-

skrivelse av en slik minimal bakgrunn gis her med det begrensede formål å motivere den formelle representasjonen.

Rettsystemer inneholder både organer som kan skape nye generelle normer med forskjellig gjennomslagskraft (trinnhøyde), og hierarkisk ordnede domstoler som i gitte situasjoner (stipulativt) anvender gitte rettsnormer. Resultatet av rettsanvendelsen er som en miniumsbeskrivelse ordnede par (tupler) av betingende rettsfakta og rettsfølger. En delmengde av tuplene oppnår rettskraftstatus uavhengig av hvor i domstolhierarkiet de er blitt endelige.

Ordnede par som har oppnådd rettskraft, kan sies å danne gjeldende rett på ekstensiv form. Settet av tupler vil inngå i en *beskrivelse* av rettssystemet. Settet kan ordnes etter mange kriterier og synsmåter.²

Retts teori, forstått som et studium av abstrakte relasjoner mellom betingende sett av rettsfakta og rettsfølger, vil betrakte en delmengde av de rettskraftige avgjørelsene (eventuelt begrenset til avgjørelser på et visst nivå i instansfølgen og abstrahert fra detaljer). Tuplene danner data for analysen. La i situasjonen under betraktning og med betegnelser som brukt i hovedavsnitt III og IV, LF være et sett av mulige rettsfakta ("legal facts") og LC et sett av mulige rettsfølger ("legal consequences"). Elementene i mengdene kan være mangedimensjonale (lister av egenskaper). La $lf \in LF$ betegne at konstellasjonen av rettsfakta lf er et element i LF ($lc \in LC$ tolkes tilsvarende). Kryssproduktet $LF \times LC$ betegner settet av mulige ordnede par av rettsfakta og rettsfølger, $LF \times LC = \{(lf, lc) | lf \in LF \text{ og } lc \in LC\}$. På ekstensiv form er en rettsnorm en delmengde (binær relasjon) i $LF \times LC$, betegnet ${}_{ext} n \subset LF \times LC$.³

² Spørsmål om avgrensning av rettssystemet blir ikke drøftet generelt. Dommer i EMD og uttalelser i Menneskerettighetskommisjonen oppnår ikke rettskraft i Norge, og påvirker derfor ikke gjeldende rett i ekstensiv forstand direkte. I del II.8 drøftes *gjenåpning* i detalj fordi hypotesen om folkerettsstrid aktualiserer virkningskanalen.

Utsagn i EMD og Menneskerettighetskommisjonen (herunder begrunnelser) kan imidlertid få momentan internrettslig betydning ved at konstellasjonen av rettskildedefaktorer endres og dermed gjeldende rett på intensjonal form (se II.8.3.1).

³ Se Suppes [1957] kapittel 10 om relasjonsbegrepet.

På nivået for rettskildelæren er en norm på ekstensiv form en mengde bestående av ordnede par av konstellasjoner av rettskildedefaktorer og rettsnormer.

Konseptualiseringen er ikke tilstrekkelig for rettsteori, som vil ta hensyn til flere aspekter ved dommer (*ratio*) og det betingende rettskildebildet for å generere utsagn om abstrakte relasjoner.⁴ Med dette forstås normformuleringer som er mer fullstendige i den forstand at det tilordnes rettsfølger til et større sett av betingende (antatte) rettsfakta. Dette vil typisk innebære at ekstensjonen erstattes med *intensjon*.⁵ Det søkes en hensiktsmessig representasjon av denne intensjonen.

Ved rettsanvendelse melder det seg typisk, om enn ikke definatorisk, spørsmål om hvilken betingende situasjon som foreligger ("faktisk usikkerhet"). Samtidig er det mulig at rettsnormer for et gitt faktum ikke determinerer én rettsfølge: normene er ufullstendige eller ikke-determinative.⁶ Dette betegnes som norm-basert rettslig usikkerhet.

Norm-basert usikkerhet melder seg ikke bare på nivået for ordinære normer (innstevnede foretok en viss handling i en viss situasjon som medførte en viss økonomisk konsekvens: er handlingen erstatningsbetingende uaktsom?), men også på nivået for juridisk metode: hvilken rettsnorm kommer til anvendelse under den gitte konstellasjonen av rettskildefaktorer (gjelder på bakgrunn av lovgivning, tidligere dommer m.v. på dette livsområdet objektivt ansvar eller uaktsomhetsansvar?). Meta-normer kommer definatorisk til anvendelse ved avgjørelser i rettslige beslutningsmekanismer selv om de ikke nødvendigvis tematiseres.⁷

⁴ Med tøying av det formelle apparatet, kan en "eksisterende" norm på ekstensiv form i visse situasjoner sies å være en tom mengde. Et eksempel er lovregulering av nye rettsområder. Enkelte rettsprøsmål i stats- og forvaltningsrett forelegges ikke domstoler; problemstillingen er også aktuell ved mange former for internasjonal rett og kontraktsregulering mellom parter.

⁵ "In truth we frequently cannot discover for what a case is authority unless we consider it in relation to prior and subsequent cases. One case, so to speak, plots a point on the graph of tort, but to draw the curve of the law we need a series of points" (G. W. Paton sitert fra Ross [1959] s. 88).

⁶ Skillet mellom faktisk og rettslig usikkerhet er relativt til den norm betraktes (og gjenspeiler derved også individuasjon): output fra en rettsnorm, vil kunne være input til en annen. Ved å redefinere argumentmengden for en norm, vil klassifikasjonen av usikkerhet kunne endres.

I forbindelse med bevisbedømmelse og vurdering av påstandsgrunnlag kan det være treffende å snakke om "ren" faktisk usikkerhet. Men avbildningen til et betingende rettsfaktum vil kunne være styrt av ikke-determinative normer og innebærer beslutningselementer. Denne prosessen blir ikke studert i avhandlingen.

Rettsystemer partiserer selv usikkerhet i visse situasjoner. Eksempler er doktriner som *res judicata* og *collateral estoppel*. Betingende fakta vil også kunne låses i forbindelse prøving i domstolshierarkiet. Et nærliggende eksempel fra norsk rett er anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet.

⁷ Se Eng [2000a].

Normer antas å ha den samme logiske strukturen uavhengig av nivå. Det samme gjelder om de klassifiseres som prosessuelle eller materielle.

Representasjonen av normer må være rik nok til å fange opp særskilte karakteristika ved modellen som genererer rettsnormer, men samtidig så enkel at den muliggjør en operasjonaliserbar teori. Representasjonen bør kunne:

- fange opp vaghet eller den særlige avveiningsstruktur som rettsnormer kan ha
- samtidig ivareta at normer lokalt (for visse konstellasjoner av rettsfakta) eller globalt (for alle konstellasjoner av rettsfakta) kan være determinative
- fange opp samvirket mellom meta-normer og ordinære normer i modellen som beskriver bedømmelser på nivået for den enkelte rettsanvender
- fange opp avbildningen fra individuelle bedømmelser under materielle normer (herunder meta-normer) til avgjørelser i kollektivmekanismene (aggregering)

Representasjonen som foreslås kombinerer funksjonsbegrepet fra matematikk (funksjonelle relasjoner) med elementære elementer fra sannsynlighetsteori. Det er gjort rede for funksjonsbegrepet og det aksiomatiske sannsynlighetsbegrepet i del II, appendiks A (II.A). Fordi meta-normer ikke analyseres eksplisitt i avhandlingen, gis definisjonen av rettsnormbegrepet kun med termer som brukes ved beskrivelsen av ordinære normer:

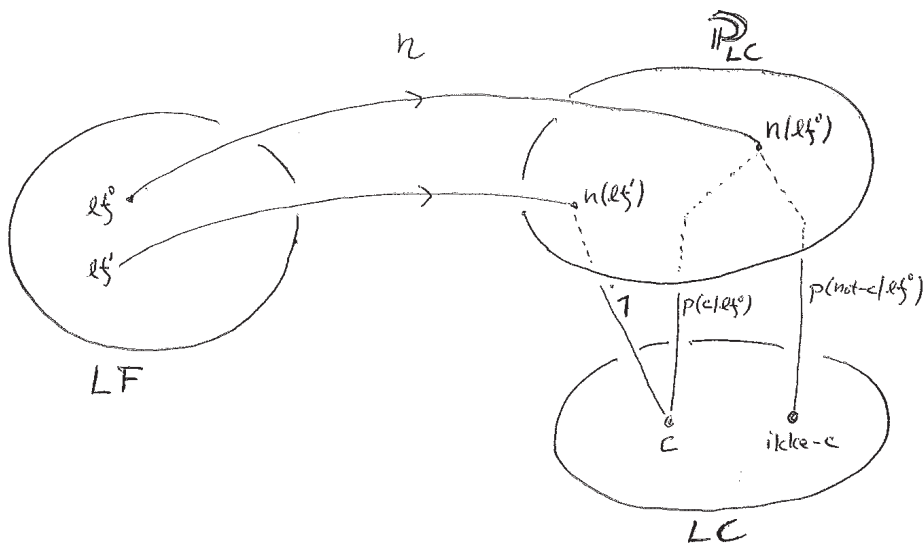
DEFINISJON (*). La \mathbb{P}_{LC} være settet av sannsynlighetsfordelinger over settet av rettsfølger, LC . La n være en funksjon fra settet av rettsfakta LF til \mathbb{P}_{LC} , betegnet $n: LF \rightarrow \mathbb{P}_{LC}$. En ordinær rettsnorm er triplet $(LF, LC, n: LF \rightarrow \mathbb{P}_{LC})$.

Definisjonen fanger opp at en rettsnorm angir sitt anvendelsesområde (settet av betingende rettsfakta LF er funksjonens argument- eller definisjonsområde) og mulige rettsfølger (settet

Hva som er normer på et ordinært nivå og normer på et meta-nivå vil dels være bestemt av problemstillingen som analyseres. For eksempel vil konstitusjonelle normer i visse situasjoner kunne fungere som meta-normer. Ved fastleggelse av innholdet i en konstitusjonell norm, vil denne innta rollen som en ordinær norm.

av rettslige konsekvenser LC betegner funksjonens verdiområde). Hvert betingende rettsfaktum $lf^0 \in LF$ avbildes under normen n til én og bare én sannsynlighetsfordeling over LC , betegnet $lf^0 \mapsto p^n(\cdot | lf^0) \in \mathbb{P}_{LC}$.

Fordelingene som inngår i (*) er en del av den objektive beskrivelsen av normen.⁸ Fordelingene oppfyller de grunnleggende aksiomene (lovene) for sannsynlighet, men kan ellers fritt gis alternative tolkninger i ulike situasjoner.⁹



Figur 2.1. Ordinær rettsnorm på intsjonal form; lokal standard og regel i henholdsvis lf^0 og lf^1 .

I de fleste anvendelsene i avhandlingen har settet av rettsfølger kun to elementer. Dette har sammenheng med deling av avgjørelsesprosessen i skyld- og reaksjonsspørsmål i straffe-

⁸ Det såkalte bildet av LF under normen n er gitt ved $n(LF) = \{p^n = n(lf) \in \mathbb{P}_{LC} | lf \in LF\}$.

⁹ At $p^n(\cdot | lf^0)$ er en sannsynlighetsfordeling over LC betyr at for hver $lf^0 \in LF$ er $0 \leq p^n(lc | lf^0) \leq 1$ for alle $lc \in LC$ og at sannsynlighetene summerer til 1 over LC , $\sum_{lc \in LC} p^n(lc | lf^0) = 1$ (II.A).

prosess: tiltalte er skyldig (tilsvarende et utsagn c) eller ikke skyldig (tilsvarende et utsagn ikke- c).¹⁰ I anvendelsen på erstatningsrett i del III følger det dikotome utfallsrommet av et ikke-stokastisk skadeomfang. I visse situasjoner kan pådømmelse deles også i sivile saker, slik at spørsmålet om et krav eksisterer (c) eller ikke (ikke- c) avgjøres uavhengig av spørsmålet om kravets omfang (se avsnitt 6 nedenfor). Rettsnormene kan derfor i de foreliggende anvendelsene beskrives ved sannsynlighetsfordelinger settet av rettsfølger $LC = \{c, \text{ikke-}c\}$. Denne situasjonen er illustrert i figur 2.1: normen n er i det betingende rettsfaktumet lf^0 (lokal) en standard. Den determinerer ikke ett utfall (ett kompleks av rettsfølger), men avbilder til sannsynlighetsfordelingen $(p^n(c|lf^0), p^n(\text{ikke-}c|lf^0))$ over c og ikke- c . I lf' tilordner imidlertid n determinativt rettsfølgen $c \in LC$: argumentverdien lf' avbildes til den degenererte sannsynlighetsfordelingen $(p^n(c|lf'), p^n(\text{ikke-}c|lf')) = (1, 0)$: den lokale regelen legger hele sannsynlighetsmassen på én rettsfølge (ett kompleks av rettsfølger).

Rettsnormen som definert i (*) beskriver hvordan sannsynlighetsfordelingen varierer med rettsfakta i LF .¹¹ Den er komplett eller fullstendig i følgende forstand: den tilordner én og bare én (eventuelt degenerert) sannsynlighetsfordeling til hvert betingende faktum.¹²

¹⁰ Ved reaksjonsspørsmålet vil settet av rettsfølger typisk være større, kanskje passelig representert ved et kontinuum. Problemstillingen drøftes under en forutsetning om såkalt en-toppede preferanser i IV.9.

¹¹ Settet av rettsfakta LF kan partisjoneres i regioner der n virker som regel og der n virker som en standard. La $\tilde{\mathbb{P}}_{LC}$ være settet av degenererte sannsynlighetsfordelinger i \mathbb{P}_{LC} . Rettsnormen n er da en (lokal) regel i det såkalt inverse bildet av $\tilde{\mathbb{P}}_{LC}$ ved n ; $n^{-1}(\tilde{\mathbb{P}}_{LC}) = \{lf \in LF \mid n(lf) \in \tilde{\mathbb{P}}_{LC}\}$. I $LF \setminus n^{-1}(\tilde{\mathbb{P}}_{LC})$ er normen lokalt en regel.

(Globale definisjoner av regler og standarder kan gis på lignende vis.) Denne typen definisjoner brukes i IV.

¹² Formaliseringen av rettsnormbegrepet ligger nær en kontinental syllogistisk forståelse av rettsanvendelsesprosessen (Damaška [1975], Sec. 1.), samtidig som muligheten for in-determinisme ivaretas: normene er fullstendige, om enn i en probabilistisk forstand (se særlig IV.1 og IV.3).

Settet av rettsfakta LF antas på nivået for ordinære normer å i stor grad korrespondere med det Ross [1959] kaller ”operative facts” (se særlig kapittel 9, men også 5—8). Rettsnormene (evt. rettighetsbegreper e.l.) synes imidlertid å være gitt en uniform determinativ ytre struktur (*if...then...*). Ross gjør samtidig et skille mellom rettsfakta som er ”purely factual” og ”legally conditioned” (s. 215). Termer i rettsnormer som har referanse til en ”formal legal rule” korresponderer til implikasjonen som formulert. Det er imidlertid uklart hvordan standarder inkorporeres i analysen. (”That a person has acted ‘negligently,’ for example, is not a purely factual statement, but has reference to a presupposed standard in respect of the course of action [...]” (s. 216). Problemstillingen kan ikke løses ved å vise til bakenforliggende sett av rettsfakta; se ovenfor om individuasjon.)

Norsk litteratur inneholder en rik beskrivelse av vaghet og særlig avveiningers rolle i rettslig argumentasjon både på nivået for metode og ordinære normer (se særlig Sundby [1974] og Eng [1998]). Det er knyttet an

For representasjon av kvalifikasjons- og kompetansenormer kan det være hensiktsmessig å modifisere (*) ved å la settet av rettsfølger defineres som mengden av alle delmengder som kan dannes fra LC (inkludert den tomme mengden \emptyset og LC selv). Ved samtidig å la elementene i disse klassene selv være funksjoner (normer) som definert i (*), kan det for eksempel gis en rik beskrivelse av et organs normative evne og av kontraktsrelasjoner. Usikkerhet om grenser for et organs kompetanse (sannsynlighetsfordelinger over sett, herunder inkompetanse som gitt ved \emptyset osv) på grunn av vaghet og/eller at kompetansenormen er en avveiningsnorm, kan også formuleres på en nyansert måte.¹³

Meta-normer vil typisk ha funksjonsrom som verdimgender. Selv om representasjonen er som i (*), kan meta-normer inngå i den rettslige argumentasjonen på en særskilt måte (problemstillingen berøres i II.8.5.1 og i avsnitt 6 nedenfor).¹⁴ Da hverken kompetanse-, kvalifikasjons- eller metanormer analyseres eksplisitt i avhandlingen, gjøres det ikke nærmere rede for disse utvidelsene av det analytiske rammeverket her.¹⁵

Del II eksemplifiserer at (prosessuelle) normer avbilder direkte til sannsynlighetsfordelinger: prosesslovene definerer tilfeldig utvalg fra referansepopulasjoner av lekdommere og lagrettemedlemmer. Usikkerhet inkorporeres i analysen gjennom det som kan kalles en trekningmodell. Den tilfeldig valgte bevisbedømmer eller rettsanvender vil slutte straffeskyld med sann-

til denne på begge nivåer i Nordén [2002], som bruker generaliserte funksjoner i representasjonen av fenomenene. Funksjonene (korrespondansene) er avbildninger fra sett av betingende fakta til *delmengder* av rettsfølger. Fordi LC i (*) kan tolkes som en klasse av sett, er representasjonen (*) rikere (se nedenfor).

¹³ Med kompetansenorm forstås fastleggelsen i Eng [1990], med unntak av forbindelsen mellom settet av rettsfakta (i Engs terminologi personelle og situasjonelle kriterier) og settet av mulige fastsettelse (den normative evne), som hos Eng har samme ytre determinative struktur som i Ross [1959].

¹⁴ Betydningen av å skille mellom argumentasjon på nivået for rettskildelære og nivået for ordinære normer er påvist i Eng [2000a]. Distinksjonen er brukt til analyse av såkalte etterarbeiders status som argumentklasse i Nordén [2002].

¹⁵ Utvidelsene er med på å motivere definisjonen (*). Det kan også vises at det uniforme normbegrepet gir et operasjonelt rammeverk for samtidig håndtering av usikkerhet på begge nivåer i rettslig argumentasjon.

synlighet lik andelen som ville sluttet straffeskyld i referansepopulasjonen gitt den samme informasjonen.¹⁶

I del III og IV vises det at (*) oppstår som en ”naturlig” representasjon av materielle normer, eksemplifisert ved anvendelse på henholdsvis erstatningsrett og strafferett.¹⁷

Rettsanvenderne identifiseres i del III og IV i en *ex ante* forstand med materielle rettsnormer som definert i (*). I forlengelsen av denne forutsetningen antas ikke-strategisk adferd i kollektivmekanismene: stemmegivning antas å følge realisering av usikkerheten i normene. Dette muliggjør analyse av konfluensen mellom materielle normer og detaljerte aspekter ved prosessmekanismene. Spesielt integreres en eskplisitt formulering av materielle standarder med logisk aggregeringsteori i kartleggingen av voteringsregimers betydning for sannsynligheten for domfellelse i en liten og stor meddomsrett.

Innfallsvinkelen adskiller seg fra preferansebasert analyse av dommeradferd, som forutsetter at rettsanvendere har ordninger over settet av rettsfølger.¹⁸ En preferansebasert analyse krever informasjon om dommere.¹⁹ Fra et positivt perspektiv det da også nærliggende å formulere strategiske likevektsbegreper og studere likevektsutfall. Slike komplikasjoner er ikke håndtert i avhandlingen.²⁰

¹⁶ I del II er sannsynlighetsfordelingene betinget av populasjonsandeler som reflekterer en implisitt beskrivelse av materielle rettsnormer.

Elster [1989] beskriver en rekke situasjoner der prosessuelle eller materielle rettsnormer direkte definerer sannsynlighetsfordelinger (se del 2, herunder avsnittet med den treffende overskriften ”legal lotteries”).

¹⁷ I en interessant drøftelse av in-determinisme introduserer Waldron [1994] begrepet ’contestability’. En adekvat representasjon vil kunne påkalle utvidelsene av (*) drøftet rett ovenfor og anleggelse av et preferanse-basert perspektiv (se rett nedenfor).

¹⁸ Med ordninger forstås binære relasjoner i *LC* som er komplette og transitive (se f.eks. Suppes [1957] avsnitt 10.3 og 10.5).

¹⁹ Kornhauser [1992] konstaterer at ”economic analysis of law has predominantly sought to explain and to evaluate the content of legal rules rather than the process by which they are created. When economists have attended to process, they have either focused on legislatures or treated judicial processes as black boxes [---] the inability to identify a plausible objective function to impute to judges has frustrated economic analysis from the outset” (s. 169). Se i samme retning Stephenson [2009].

²⁰ Det er imidlertid ingen nødvendig motsetning mellom avhandlingen normbaserte innfallsvinkel og en preferansebasert innfallsvinkel. Formuleringen (*) kan – med *LC* definert som en klasse av sett – tolkes som å definere mulighetsområder for dommeres valg.

I del II, som åpner for samtidig faktisk og rettslig usikkerhet, er representasjonen av materielle normer implisitt. Modelleringen i ligger nærmere en preferansebasert konseptualisering av rettsanvendelsesprosessen (se også IV.9 for en drøftelse av det doktrinære paradoks under et slikt perspektiv). Det abstraheres imidlertid også under denne tolkningen fra strategisk adferd i prosessmekanismene, selv om problemstillingen tangeres (se særlig II.5. og II.7).

I III kombineres to perspektiver på dommeradferd gjennom et skille mellom *ex ante* og et *ex post* perspektiv. I tillegg, ved å forutsette at de materielle rettsnormene er (globalt) determinative (felles preferanser), men at rettsanvendere har ulik evne (i litteraturens terminologi: kompetanse) til å identifisere denne rettsfølgene, kaster analysen lys over sammenhengen mellom kollektivutforming og kollektivets ”epistemiske” evnen til å nå korrekte resultater.

Felles for funksjonelle analyser av kollektivbeslutninger er at de raskt blir så kompliserte at en eller annen form for formalisering er nødvendig.²¹ Metodologien kan synes fremmed i forhold til tradisjonell rettsteori. Damaška [1975], som det knyttes an til i II og IV, er et viktig unntak:

To many tastes, the development and use of procedural models is an overly abstract scholarly genre. But consider that comparatists are, in a sense, men without a country; their efforts at comprehensiveness, and their separation from the comfortable and familiar, necessarily invite a reliance on the abstract. [---]

[Procedural models] are also simplifications; but this is precisely their *default de qualité*, indeed their virtue. They are used to liberate us from the tyranny of details, so that we can discern the overall distinguishing attributes of complex phenomena. They will be as useful as our purposes are precise and well-defined (s. 482).

Med preferanser siktes til dommeres preferanser *som dommere*. (Ellers vil det raskt oppstå forventning til ”counter-preferential choices” i Sen’s [1977] forstand.)

Mulighetsområdene kan også tolkes som strategi-sett (dommererens sett av mulige preferanser). Dette er en standard-setting for å studere spørsmål om manipulerbarhet av kollektivmekanismer (stikkord: Gibbard–Satterthwaite-teoremer). Problemstillingen tangeres i IV.9 i forbindelse med en preferansebasert tolkning i avgjørelsesmekanismen for straffereaksjoner i strprl. § 36. (Dietrich & List [2007] formulerer et imidlertid preferansefritt begrep om manipulerbarhet i sammenheng med logisk aggregeringsteori, se stikkordmessig IV.1. Spørsmålet om sammenhengen mellom logisk aggregeringsteori og preferansebasert, ”Arrowiansk” aggregeringsteori er komplisert og kan ikke drøftes innenfor rammene av avhandlingen.)

²¹ En interessant alternativ teoriramme kan være såkalt fuzzy-logikk (se for eksempel Nguyen & Walker [1997]). En slik innfallsvinkel er imidlertid mindre hensiktsmessig i anvendelser. Praktisk tatt all (retts-) økonomisk teori og teori for kollektive valg (samt eventuelt også bevisbedømmelse), bygger på et sannsynlighetsteoretiske formuleringer.

3. Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og folkerettslige krav til prosessordningen

Norsk straffeprosess inneholder en særegen beslutningsmekanisme for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet: Tiltalte som er frifunnet i en jury-prosess, kan på fagdommernes eget initiativ utsettes for en ny prosess i en stor medomsrett (strprl. § 376a).

Tiltalte risikerte å bli endelig domfældt i jury-prosessen (avgjørelsen av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er uangripelig). Staten gis en ny mulighet for domfellelse i en mekanisme som er en vesentlig annen enn ved en regulær ("vertikal") anke (tiltalte ville hatt angripsmidler ved domfellelse i nederste trinn). Det påstås at avgjørelsesregimet bryter med flere konvensjonskrav til prosessordningen.

I modelleringen § 376a, som i II kalles en kvalifisert selvutløsende dobbeltprosessmekanisme, etableres et mål på svekkelsen av tiltaltes stilling. Det tas hensyn til at tiltalte fra et *ex ante* perspektiv først risikerer domfellelse i en jury-prosess, så domfellelse i en meddomsprosess. Mekanismene, og overgangen mellom dem (fagdommernes enstemmige tilsidesettelsesbeslutning) modelleres gjennom en trekningsmodell. Leseren kan dermed selv vurdere mekanismen basert på forutsetninger om relevante populasjonsandeler (andeler i referansepopulasjoner som slutter straffeskyld).

Analysen av juryen og meddomsretten er i seg selv interessant: den gir grunnlag for utsagn om forskjeller i sannsynligheten for å bli domfældt i de to mekanismene, herunder når fag- og leddommere (og jury-medlemmer) trekkes fra ulike populasjoner.

For å gi en skarpere karakteristikk av beslutningsmekanismene og § 376a, introduseres et evalueringskriterium for avgjørelsene som genereres i prosesssystemet: En korrekt avgjørelse identifiseres (endogent) med majoritetsoppfatningen i referansepopulasjonene.

(Motiverende stikkord for definisjonen er legalitetsprinsippet og May's teorem.²²) Dette gjør det mulig å knytte mekanismene til omfang av type I og type II feil. Det demonstreres blant annet at trinn-to mekanismen (meddomsretten) under plausible forutsetninger en mer risikabel for uskyldig tiltalte enn juryen. Målet på forverringen i tiltaltes posisjon knyttes til *økningen* i sannsynligheten for type I feil. Dette danner en bro til konfrontasjonen med folkerettslige krav.²³

Drøfelsen av folkerettslige krav gjenspeiler reguleringen i EMK artikkel 6, Syvende tilleggsprotokoll artikkel 4, samt SP artikkel 14 (henholdsvis EMK 6, 4P7 og SP 14). Det skilles mellom *nødvendige* betingelser for en konvensjonskonform prosessordning – uavhengige og upartiske domstoler og fravær av dobbeltprosess – og det overordnede kravet til en "fair trial". Først diskuteres nødvendige betingelser i isolasjon (brudd på én slik betingelse er tilstrekkelig til å konstatere konvensjonsstrid):

Dobbeltprosessforbudet i 4P7 og SP 14(7). I norsk rett at forutsettes at begrepet 'finality' viser til det internrettslige begrepet *res judicata*: en prosess er ikke avsluttet før rettskraft er oppnådd etter straffeprosesslovens regler, det vil si etter avsigelse av meddomsrettens dom.

EMD har felt øst-europeiske beslutningsregimer som har flere likhetstrekk med ordinære "vertikale" mekanismer (ankeordninger) enn den norske horisontalmekanismen. Praksis viser at begrepet 'finality' fastlegges autonomt og basert på den funksjonelle betraktning at tiltalte er 'finally acquitted or convicted' når han ikke har rettsmidler i behold.

²² May [1952].

²³ Visualiseringen av dobbeltprosessmekanismen i beslutningstreet i figur II.4.1 (se også den "uendelige" mekanismen i figur II.7.1) har ikke bare til hjelp i den kvantitative analysen, men har også vært til hjelp i forbindelse med utformingen av den rettslige argumentasjonen i snevrere forstand.

I relasjon til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er tiltalte endelig frifunnet i og med juryens kjennelse. (Det er symptomatisk at avgjørelser etter intern rett kan gjenåpnes uavhengig av rettskraft fordi avgjørelsen er endelig i denne dimensjonen.)

Krav til en uavhengig og upartisk domstol. EMD har konstatert at overprøvelse av en endelig avgjørelse (som definert rett ovenfor) ikke bare truer en domstols uavhengighet, men også dens eksistens.

Tilsidesettelse av frifinnende kjennelse krever enstemmighet og sender av flere årsaker et særlig sterkt signal om skyld til den etterfølgende meddomsprosessen. Fordi fagdommerne velges fra samme lagmannsrett, er det nærliggende at lærings- og lojalitetsmekanismer kan gjøre seg gjeldende. Ordningen står i skarp kontrast til internrettslige ordninger ellers (herunder i sivilprosess) som skal begrense denne typen risiko, og betegnes som en ”strukturell upartiskhet”.

I en europeisk sammenheng har dobbeltprosessregler inntil nylig blitt forstått som tekniske stoppe-regler (et innretningsaspekt). Reglene har ikke blitt sett i sammenheng med usikkerhet i mer generell forstand.

Som påvist i detalj i II, er sekvensieringen av beslutninger avgjørende under usikkerhet. I en serie nyere avgjørelser i EMD, som kuliminerer i storkammerdommen *Zolotukhin v. Russia*, anlegges et mer fundamentalt (funksjonelt) syn på dobbeltprosessgarantier. Dommene gir grunnlag for slutning om (selvstendig) brudd på det overordnede ”fair trial”-kravet. Utviklingen ses i sammenheng med amerikansk konstitusjonell rett.

Det redegjøres for internrettslige virkninger gitt holdbarhet av hypotesen om folkerettsbrudd. Brede klasser av rettskraftig domfelte vil kunne bli berørt. Det oppstår noen interessante spørsmål på nivået for juridisk metode (stikkord: det prosessuelle lovtolkningsbegrepet).

I analysen skilles mellom det som kalles tiltaltes statiske og dynamiske vern. Med statisk vern siktes til uskyldspresumsjon, beviskrav og krav til kollektivmekanismene som sådanne (størrelse, voteringsregime, uavhengighet og upartiskhet m.v.). Med dynamisk vern siktes til sekvensieringen av mekanismene. Skillet tar sikte på situasjoner der tiltalte henholdsvis har rettsmidler i behold (stikkord: anke) og ikke har rettsmidler i behold (stikkord: dobbeltprosess). Det antydes at nyere rettsutvikling i EMD også kan få implikasjoner for tiltaltes dynamiske vertikale vern. Dette aktualiseres gjennom identifikasjon av visse ”implistte dobbelprosessmekanismer” (stikkord: saksbehandlingsanke fra frifinnede jurykjennelser).

Dobbeltprosessregler er kompliserte selv fra en deskriptiv synsvinkel. Feltet kan illustrere det ”detaljenes tyranni” som Damaška advarer mot (avsnitt 2 ovenfor). I norsk rett ble tilsidesettelsesadgangen innført på en summarisk måte i 1933. Såvidt vites har den ikke utløst prinsipielle motforestillinger på noe tidspunkt.

Flere prosessgarantier som er innført via folkerett er inkludert i det formidable grunnlovsutkastet i Adler & Falsens [1814], herunder et forbud mot dobbeltprosess. Det påpekes at utkastet ville beskyttet juryen mot endringer nå innføres under en paradoksal henvisning til menneskerettigheter.

Tilleggsbemerkning

For å avgrense mot den rettspolitiske diskusjonen om jury-ordningen kommenteres ikke Jury-utvalgets utredning.²⁴

En tiltalt som i april 2011 ble frifunnet og fikk kjennelsen tilsidesatt, anket over tilsidesettelsesbeslutningen under henvisning til argumenter som fremsatt i II. Ankeutvalget fant det ”enstemmig klart at anken

²⁴ NOU 2011: 13. *Juryutvalget*. Utvalget i detalj har kartlagt omfanget av tilsidesettelser (vedlegg 3). Kartleggingen supplerer undersøkelsene som det refereres til i II.8.1.

ikke kan føre frem.”²⁵ Tiltalte ble deretter enstemmig domfelt i meddomsretten.²⁶ Ankeutvalget tillot anke over dommen ”for så vidt gjelder anken over saksbehandlingen knyttet til om retten var lovlig sammensatt. [...] For øvrig finner Høyesteretts ankeutvalg enstemmig at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre grunner tilsier at anken blir fremmet for Høyesterett”.²⁷ I dom 8. mai 2012 brukte Høyesterett to setninger på å avvise problemstillingen om (strukturell) upartiskhet i forhold til EMK.²⁸

Med dette er de internrettslige mulighetene for å angripe tilsidesettelsesordningen lukket. Påstandene om den internrettslige forståelsen av dobbeltprosessregler som rettsikkerhetsmessige prinsipper referert til og tilsluttet i II.7.6 er i behold!²⁹

4. Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court³⁰

Arbeidet definerer norm-basert rettslig usikkerhet og studerer transformasjonen av materielle standarder som en funksjon av kollektivstørrelse og voteringsregler. Høyesteretts alternative sammensetning i ankeutvalg, avdeling, storkammer og plenum brukes til illustrasjon. Det demonstreres i *ex ante* forstand til dels betydelig forskjell i avgjørelsene mekanismene genererer.

Den resulterende ”rettslige geometrien” kan brukes som motivasjon for å betinge et begrep om gjeldende rett på beslutningsmekanismen, se figur III.3. Det fremgår at usikkerhet

²⁵ Forkastet etter strprl. § 387a(1) i kjennelse 21. september 2011 (HR-2011-01756-U).

²⁶ Saksnr. 10-188454AST-BORG/01.

²⁷ Beslutning 30. januar 2012 (HR-2012-00221).

²⁸ HR-2012-00974-A: ”Den problemstilling som her er til vurdering [...] kan ikke ses å ha vært behandlet av Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Jeg kan heller ikke se at det kan være grunnlag for å konstatere konvensjonsbrudd i et tilfelle som her, hvor det ikke er påstått å forligge spesielle omstendigheter knyttet til den enkelte dommer” (avsnitt 29).

På grunnlag *internrettslige kilder* kunne Høyesterett forventningsvis ikke nå en annen konklusjon enn at ordningen måtte opprettholdes (stikkord: domstolens kompetanse ved en klart praktisert og fastsatt lovhjemmel). Drøftelsen av intern rett er relativt sett omfangsrik. Det er symptomatisk at den ikke baseres på hvilken reell betydning bruk av kolleger i meddomsprosessen kan ha, men utsagn om problemstillingen i andre dommer eller autoritative kilder. Det siteres fra Rt 2011 s. 1133 om regler som skal (sitat) ”hindre at dommeravgjørelser overprøves av dommerkolleger man har et løpende arbeidsfellesskap og daglig faglig og sosialt samkvem med.” Det konstateres likvel at ”Vår sak gjelder ikke overprøving av overordnet domstol, men ny behandling med andre dommere innenfor samme domstol. Dommen gjelder således et annet spørsmål enn det som her er til behandling” (avsnitt 25).

Den siste distinksjonen bekrefter det nominelle synet på rettsikkerhetsgarantier som fremkommer i Rt 2011 s. 1133; se II.7.4. (Høyesteretts argumentasjon i sistnevnte dom tilsier forøvrig at distinksjonen trekker i *motsatt* retning: se om lengden på konstitusjonsperioder i II.7.4.)

²⁹ Tilsidesettelsesbeslutningen og den etterfølgende saksgang er i ferd med å bli klaget inn for EMD.

³⁰ Publisert i *Law and Economics*, red. E. Røsæg, E. Stavang og H. B. Schäfer. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag 2010.

globalt (det vil si for alle sakstyper) avtar monotont med størrelsen på beslutningsmekanismen.

Mekanismene kan også betraktes fra et *ex post* perspektiv (som ligger nær en preferansebasert tolkning). Anta en gitt konstellasjon av oppfatninger blant Høyesteretts dommere. Da er det naturlig å definere gjeldende rett som majoritetsavgjørelsen blant disse dommerne, det vil si plenumsavgjørelsen.³¹ Følgende problemstilling formuleres: Gitt tilfeldig trekning til ankeutvalg, avdeling og storkammer, hva er sannsynligheten for at de mindre kollektivene genererer en annen avgjørelse enn Høyesterett i plenum? Svar gis i figur III.2 for alle mulige konstellasjoner av oppfatninger i Høyesterett. Som det fremgår er sannsynligheten for avvik ikke-ignorerbar for mange konstellasjoner. For enhver konstellasjon er øker avvikssannsynligheten med en reduksjon i panelstørrelsen. Resultatet har interesse blant annet for prejudikatlære.³²

Usikkerhet, enten den formuleres gjennom en trekningsmodell eller norm-basert modell, medfører erkjennelse av at kollektivmekanismer som avgjør rettsspørsmål med endelig virkning, *kunne* ha nådd et annet resultat.³³ Forslaget til en betinget og probabilistisk definisjon av gjeldende rett kan likevel fremstå som fremmed. I en omforent uttalelse fra det såkalte “Panel on Statistical Assessments as Evidence in the Courts” fremheves

Both science and law have undergone enormous changes in perception, moving toward more complex and conjectural understandings in both fields. [...] Legal systems play a certain role in legitimizing political regimes. In every society with a formal legal system, the adjudicative power rests its authority on the assumption that it will do justice. To the extent that this assumption is open to question, the

³¹ Da artikkelen ble skrevet, hadde høyesterett 19 dommere. Som observert i III.3 er antallet (og dermed høyesterett i plenum) ikke definert ved lov! Per mai 2012 har høyesterett 20 dommere.

³² Som drøftet i III.3 og II.10.1 har randomiseringsmekanismer for utvelgelse av fagdommere til enkeltsaker svak forankring i norsk rett. Betydningen av slike mekanismer aktualiseres når dommere utad har gitt til kjenne sitt syn på løsningen av rettsspørsmål.

³³ Dette illustreres av utfallet i kammerdommen og storkammerdommen i *Taxquet-saken* som drøftet i del IV. Det er interessant at storkammeret når en enstemmig konklusjon.

Dommene reiser spørsmål om uavhengighet og skillet mellom rettanvendelse og rettspolitikk (se om den franske regjeringens intervensjon i IV.8).

legitimacy of the entire regime may be called into question. It is a probabilistic notion of justice – though realistic, sensible, natural and inevitable – creates unease. Certainty, and even the appearance of certainty, are important in law.³⁴

Det kan være fornuftig at domstoler som avgjør saker uten prejudikativ virkning, underkommuniserer usikkerhet (problemstillingen kan ses i sammenheng med del IV). I rettsteori er en slik problemstilling (normativt) uaktuell. Positivt kan muligheten for såkalt ”hindsight bias” være relevant: fordi rettsteoretikeren har informasjon om at en domsslutning (evt. ratio) er nådd (anlagt), undervurderes sannsynligheten for at en annen kunne konklusjon (begrunnelse) kunne vært nådd (brukt) under de samme betingende fakta.³⁵

Forslaget til en probabilistisk definisjon av gjeldende rett kan ses i sammenheng med Svein Engs karakteristikkk av juristers utsagn *om* gjeldende rett som av sammensmeltet modalitet (stikkord: reaksjonskriteriet).³⁶

Det gis en alternativ tolkning av de formelle resultatene som peker i retning av en ”epistemisk” forståelse av prosessmekanismene: Anta at de materielle normene (globalt) determinerer utfall, men at den enkelte rettsanvender har begrenset evne (i litteraturens terminologi: kompetanse) til å identifisere dette utfallet som gitt ved en parameter $p \in (0,1)$. Hva er sammenhengen mellom kollektivutforming (størrelse og voteringsregel) og sannsynligheten for at kollektivet når det korrekte resultatet? Problemstillingen sammenfaller med det klassiske Condorcets jury-teorem (stikkord: enighet om en bakenforliggende ordning eller preferanser), og har flere interessante tolkninger.

³⁴ Bakgrunnen for uttalelsen er et omfattende National Science Foundation støttet studium (se Fienberg [1989]; sitatet er fra s. 139).

³⁵ Se Fischhoff [1975] og Kamin & Rachlinski [1995]. (Den tilsvarende problemstilling på nivået for den enkelte bevisbedømmer tangeres i II.10.2.1.)

³⁶ Eng [2000b] (”fused modality”) og i større detalj Eng [1998] avsnitt II,B—C.

Rammeverket kan utvides i forskjellige retninger. Når rettsanvendere har forskjellig kompetanse (informasjon), kan strategisk dommeradferd (votering) øke sannsynligheten for at kollektivet når den korrekte løsningen!³⁷

På bakgrunn av analysen problematiseres hensiktsmessigheten av den hierarkiske ordningen av rettsystemet (se avsnitt 6 nedenfor).³⁸

5. Reasoned Judgments and the Rule of Law: *Juries v. Mixed Courts* under Norm-Based Legal Uncertainty

Juryen er under press i europa. Kritikken av at den ikke begrunner avgjørelser i EMDs kammerdom *Taxquet v. Belgium* har skapt reperkusjoner i flere jurisdiksjoner, herunder Norge. Et krav om begrunnelse er intuitivt rimelig, og synes ofte å inngå som et aksiom i rettspolitiske drøftelser av prosessmekanismer. En funksjonell analyse tilsier imidlertid at spørsmålet ikke er opplagt. I del IV argumenteres det for at krav til begrunnelse av jurykjennelser medfører økt risiko for domfellelse for enhver kollektivstørrelse. Under plausible evalueringskriterier vises det at risikoen øker ytterligere dersom kravet til begrunnelse samtidig medfører reduksjon i kollektivstørrelsen, som aktualisert ved overgang fra jury til en stor meddomsrett. Med risiko forstås sannsynlighet for type I feil.

Påstandene har sammenheng med et logisk problem som oppstår ved aggregering av individuelle bedømmelser under materielle rettsnormer. Problemet har vært kjent i europeisk rettslitteratur iallfall siden midten av 1800-tallet. Problemet ble gjenoppdaget i en viktig artikkel om rettslige kollektivbeslutninger i *Yale Law Journal* i 1986.³⁹ Derfra ble det, under betegnelsen det doktrinære paradoks eller det diskursive dilemma, fanget opp i aksiomatisk

³⁷ Se med videre referanser Barberà [2011] n. 3 s. 735.

³⁸ De samme kommentarene gjelder under et norm-basert perspektiv på usikkerhet. Et evalueringskriterium for avgjørelser i dette perspektivet drøftes imidlertid ikke i III, men i IV.7.

³⁹ Kornhauser & Sager [1986].

teori for kollektive valg⁴⁰ og har gitt støtet til en omfattende teori, som vesentlig utdyper og generaliserer problemene et ”resonnerende” kollektiv står overfor.

Straffeprosessuelle regler foreskriver at skyldspørsmålet avgjøres ved såkalt utfallsbasert votering: den enkelte rettsanvender svarer samlet ”ja” eller ”nei” på om alle kriteriene i den aktuelle materielle normen (premisser i teoriens terminologi) samlet er oppfylt. Kollektivets bindende normering fremkommer gjennom en voteringsregel som aggregere de individuelle (samlede) svarene.

Dersom den samme voteringsregelen benyttes over de enkelte premissene i den materielle normen (doktrinen), vil aggregering over premissene og etterfølgende bruk av den materielle normen for noen kombinasjoner av bedømmelser kunne gi et annet resultat enn den utfallsbaserte metoden: et doktrinært paradoks oppstår. Kollektivet kan i denne situasjonen ikke fastholde resultatet og begrunne det på en konsistent måte: doktrine og utfall skiller lag.

Den aksiomatiske teorien viser at det *ikke finnes* noen metode for å aggregere individuelle bedømmelser under eksterne kriterier som tilfredsstillende basale normative krav (aksiomer) og som unngår paradokser.

Det argumenteres i del IV for at en realistisk tilpasning til krav om begrunnelse, er overgang – formelt eller *de facto* – til et premissbasert regime ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.

En slik endring må føre til flere domfellelser under en konjunktiv versjon av doktrinen. Utsagnet gjøres presist ved bruk av norm-formuleringen (*) utvidet til en to-dimensjonal versjon. Ved tilpasning av to resultater i List [2005], knyttes risikoen tiltalte eksponeres for gjennom en den materielle normstrukturen i konteksten av en liten og stor meddomsrett. Det

⁴⁰ Pettitt & List [2002,2004].

beregnes også en øvre grense for risikoøkningen ved lokalisering av unike optima over settet av betingende rettsfakta.

Ved å definere majoritetsutfallet i en hypotetisk (uendelig stor) kollektivmekanisme som målestokk, knyttes regimeskiftet til økning i sannsynligheten for type I feil (og reduksjon i sannsynligheten for type II feil). Den simultane effekten av en overgang fra en utfalls-voterende jury (lagrette) til en premissvoterende stor meddomsrett kartlegges også. Resultatet er en global økning i risikoen for type I feil (effekten på type II feil er mer sammensatt).

Det knyttes noen kommentarer til analysen fra et preferansebasert perspektiv og argumenteres for at kravet til begrunnelse av jurykjennelser kan ses som et forsøk på å endre grunnleggende autoritetsstrukturer: erstatning av en autonom jury, som representerer en desentralisert struktur, med en byråkratisk avgjørelsesmekanisme (Damaška 1975).⁴¹ Dette kaster lys over kraften i den franske regjeringens intervensjon i *Taxquet*.

En preferansebasert konseptualisering er særlig relevant i forbindelse med avgjørelsen av reaksjonsspørsmålet (strprl. § 36 er under forutsetning av en-toppede preferanser en ikke-manipulerbar mekanisme som velger den såkalte Condorcet-vinneren). En generalisering av det doktrinære paradoks til kontinuerlige variable (Claussen & Røisland 2010a) gir i denne sammenheng ytterligere grunner til å stille spørsmål ved krav til begrunnelse av slike avgjørelser.

6. Videre problemstillinger

Strukturelle trekk ved prosessuelle beslutningsmekanismer, som bruk av paneler og krav til majoritet og super-majoritet i henholdsvis sivil- og straffeprosess, gir god mening under plausible evalueringskriterier. Under alle tolkningene av det formelle rammeverket tilsier

⁴¹ Problemstillingen er aktuell i Norge: med dybden i prøvelsesadgangen som Jury-utvalget legger til grunn (se NOU 2011: 13 avsnitt 8.7), vil en begrunnende jury i stor grad kunne erstattes av et mindre fagdommerpanel: Høyesterett vil trenge flere dommere til tjeneste i ankeutvalg og avdeling (en enkel operasjon; se fotnote 31 ovenfor).

imidlertid usikkerhet samling av ressursene til engangs-behandling i ett (stort) kollektiv.

Analysen av hierarkiske aspekter er imidlertid tentativ og bør videreføres.⁴²

En videreføring av arbeidet vil være særlig interessant innenfor sivilprosess. Et utfallsbasert voteringsregime ("resultatmetoden") benyttes ved avgjørelse av realiteten.⁴³ I motsetning til i straffeprosess, hvor det skjerpede legalitetsprinsippet medfører votering i tilknytning til én materiell rettsnorm (IV.2.1 og IV.3.1), kan forskjellige normer legges til grunn ved votering over sivile krav. En funksjonell analyse aktualiserer derfor inkorporering av usikkerhet på nivået for rettskildenorner.⁴⁴ Samtidig vil settet av rettsfølger *LC* kunne være stort. deling av avgjørelsestemaet er ikke foreskrevet som i straffeprosess, og settet lar seg ikke nødvendigvis ordne etter kriterier som drøftet i IV.9 (stikkord: entoppede preferanser).⁴⁵ Disse tilleggdimensjonene skaper begrepsmessige og analytiske utfordringer som avhandlingens rammeverk vil kunne bidra til å belyse.⁴⁶

⁴² Det er nærliggende å knytte analysen til teori for utledning av optimale mekanismer som for eksempel Ben-Yashar & Nitzan [1997] (se også referansen til Klevoric i II.10.2.2).

Damaška [1975] peker på flere interessante sammenhenger mellom konseptualisering av formell normstruktur og hierarkisk ordning. For eksempel synes bakgrunnen for bestemmelser som strprl. § 350(1) 2. punktum og tvl. § 29-24(2) 2. punktum jfr § 30-3 å kunne være ufullstendige normer. (Dersom normene var fullstendige, kunne det ikke etter kontinentale tradisjoner eksistere et ordningsforhold mellom domstolene, se særlig s. 493—495.)

⁴³ Tvl. § 19-3(3), 1. punktum.

Med hensyn til (premissbasert) votering og sivilprosess, merk regelen i tvisteloven § 16-1(2)a om avgjørelse av særskilte påstandsgrunnlag. Kravet om enstemmighet synes innført for at utfall ikke skal påvirkes av prosedyren (se Schei *et al.* [2007] s. 677).

⁴⁴ Dette er en grunn til at III, som studerer mekanismer som benyttes i sivil- og straffeprosess, abstraherer fra usikkerhet på nivået for metode (III.1 og III.7).

Arbeidene til Landa og Lax referert til i III.7 kan *tolkes* som å gjelde dette nivået (de formulerer en generalisert doktrinært paradoks).

⁴⁵ Når settet av rettsfølger *LC* har flere enn tre elementer oppstår muligheten for logiske paradokser under *preferanseaggregering* som illustrert ved Condorcets paradoks. Dette paradokset er uttrykk for dypere logiske problemer som beskrevet ved det berømte Arrows umulighetsteorem, som utfordrer meningsinnholdet og legitimiteten til kollektivavgjørelser. Mekanismer i prosesssystemet kan tildekke dette (for eksempel ved sekvensiell splitting av avgjørelser).

Det er kjent at deling av pådømmelse av krav eksistens og omfang etter tvisteloven § 16-1(2), 2. punktum kan påvirke utfall (Schei *et al.* [2007] s. 678). Ved voldgift gjelder i fravær av avtale at "voldgiftsretten kan pådømme et påstandsgrunnlag særskilt bare når det leder til avgjørelsen av et krav" (voldgiftsloven § 33(3), se NOU 2001: 33 *Voldgift* s. 105—106).

⁴⁶ Det vises særlig til motivasjonen for definisjon (*) i avsnitt 2 ovenfor. Det kan vises at definisjonen muliggjør et studium av "normer over normer".

En funksjonell analyse av sivilprosess bør inkorporere regler for avgrensning og fordeling av saksomkostninger. Problemstillingen er antydnet i III.7: faktisk og normbasert usikkerhet i kombinasjon med saksomkostningsregler og mulighet for behandling i mange instanser, gjør aktivering av domstolsbehandling til et risikabelt prosjekt. Det hierarkiske rettssystemet kaster en skygge av usikkerhet som kan medføre systematisk overføring av ressurser (rettigheter) fra risiko-averse til risikonøytrale parter. Selv mellom risikonøytrale parter behøver ikke systemet å fremstå som attraktivt.⁴⁷ I dette perspektivet er det betenkelig at beslutningsmekanismene *ex ante* er *jus cogens* i for eksempel forbrukerforhold.⁴⁸ Studier som tar utgangspunkt i gjeldende rett på ekstensiv form, kan få et nominelt preg utenfor straffeprosessens område.⁴⁹

Voteringsregler og -regimer som diskutert i avhandlingen – ”numerical superiority rules” i Urfalinos terminologi – er kollektive stoppe-regler (”stopping rules”). De partisjonerer beslutningsprosesser i en delibererende del og i en beslutning som *forplikter*, og som er noe annet enn kulminasjonen av delibereringen.

[I]n practical reasoning, there is always the chance that one has failed to take into account something that should be considered [...] Psychological factors intervene, of course, in one’s ability to bring the reasoning to a close [...]. But this idea of open-ended range of attitudes corresponds to the conceptual feature [...]: deliberation does not itself contain all the conditions needed for bringing it to a close (Urfalino [2010] s. 116).

Shavell [2006] og Hermelin, Katz & Craswell [2007] om kontraktstolkning kan trolig inkorporeres og generaliseres i det foreliggende rammeverket på nivået for metode. (Indeterminisme håndteres i disse arbeidene ved bruk av henholdsvis funksjoner og korrespondanser. Kollektivbeslutninger betraktes ikke.)

Det kvantitative diskursive [doktrinære] paradokset som definert i Claussen & Røisland [2010a] har betydelig interesse i privatrettslig sammenheng (se IV.9).

⁴⁷ En analyse bør inkludere strategisk adferd og informasjonstilgang. Det er tankevekkende at parter som kan designe tvisteløsningsmekanismer regelmessig velger bort det offentlig subsidierte domstolsystemet. Det avtales sjeldent adgang til materiell overprøving ved voldgift (NOU 2001: 33 *Voldgift* avsnitt 8.6.10). Partene står fritt til å avtale fordeling av egne omkostninger med saken (voldgiftsloven § 40(4)).

⁴⁸ ”En voldgiftsavtale inngått før tvisten opsto, er ikke bindende for forbrukeren” (voldgiftsloven § 11(1)).

⁴⁹ Forlik inngått for forliksrådet får riktignok rettskraft (tvisteloven §§ 6-8(6) 1. punktum og 19-12(1)).

Når det resonneres under norm-basert rettslig usikkerhet kan deliberering nettopp ikke selv gi kriterier for når den skal avsluttes. Behovet for å sette et punktum er et overordnet tema i II, men relevant i flere sammenhenger. Blant annet er det grunn til å stille spørsmål ved at en avstemming kan endres frem til dom er avsagt.⁵⁰

I forlengelsen av drøftelsen av stoppe-regler og hierarkiske strukturer, fremheves at det analytiske rammeverket vil kunne brukes til en nyansert modellering av forpliktelsesmekanismer, som gjelder rettsystemets evne til å implementere (demokratisk valgt) politikk i et strategisk miljø.⁵¹ Det vil involvere utvidelser av definisjonen (*) på nivået for ordinære normer og meta-normer som antydnet i avsnitt 2 ovenfor. Det er interessant at analysen av rettslige kollektivbeslutninger, som har gitt opphav til den logiske aggregeringsteorien, nå finner anvendelse på design av sentralbanker.⁵²

Rammeverket kan utvides til å inkorporere faktisk usikkerhet. Én dimensjon av dette er at normene (*) kan ta argumenter i et større sett $LF' = LF \times \Omega$, der Ω er et utfallsrom som definert i II.A. En slik formulering er standard innenfor kontraksteori, og er av betydelig interesse for utvikling av kontraktsrett og rettsteori mer generelt.⁵³

På nivået for juridisk metode vil det være interessant å anvende rammeverket til analyse av dynamiske aspekter: feedback fra avgjørelser til utviklingen av de materielle normene

⁵⁰ Se II.10.1. Analogt er det grunn til å stille spørsmål ved at modellen for "apparent consensus" brukes i straffeprosess fordi den kan gi fagdommerene særlig stor innflytelse (IV.2.3.2 og II.5.1.)

⁵¹ Se Nordén [2002], herunder om strategiske delegasjonsmekanismer i konteksten av et trinnvis ordnet normsystem.

⁵² Blinder [2007] ser overgangen til pengepolitiske komiteer som ansvarlige for instrumentbruk i sammenheng med større autonomi for sentralbankene. ("When the central bank was just following orders communicated by the government, there was not much reason to have a committee on the other end of the phone" (p. 107). Pengepolitiske komiteer (som Hovedstyret i Norges Bank er et eksempel på) treffer bindende beslutning om renten (sml. slutningen i en dom), samtidig som de skal kommunisere med markedet og forklare *hvorfor* beslutningen ble truffet (sml. begrunnelse for dommen). Utfordringene komitéene står overfor er analoge til de en fullt integrert, resonnerende domstol står overfor, se om det kvantitative diskursive dilemma i IV.9. Ytterligere komplikasjoner skyldes *teorien* som beslutningene treffes under, som det er mer krevende å integrere i analysen enn gitte materielle rettsnormer, se Claussen & Røisland [2010b].

⁵³ Stikkord er fullstendige og ufullstendige kontrakter. Sistnevnte er rammeverk for den dynamiske spilleteoretiske modellen i Stremitzer [2010] og Nordén [2010]. Avsnitt 5.2 og appendikset i Nordén [2002] bygger på lignende betraktninger (betingelse på en delmengde av tilstander $\omega \in \Omega$) i en analyse av rettslige instrumenter i en kontrollteoretisk sammenheng.

over tid. Dette representerer utfordrende problemstillinger, blant annet fordi det kan være nødvendig å studere hvilke saker som kommer til pådømmelse og fordi systeminterne normer ("prejudikatlære" e.l.) er vage.⁵⁴ Studiet av voteringsregimer får nye dimensjoner i en slik kontekst (herunder spørsmålet om manipulerbarhet).⁵⁵

Avhandlingen studerer prosessmekanismenes betydning for meningsinnholdet i materielle rettsnormer. Fullt informerte eksterne aktører vil som poengtert i III.5 og III.7 tilpasse seg til transformerte standarder (meningsinnhold) og ikke ubetingede abstrakte normer. Integrasjon av informasjon om disse aktørenes adferd (utfall) under alternative meningsinnhold, synes å måtte være viktig ved drøftelsen av gjeldende rett i mange situasjoner. Integrasjon av slik "ekstern" informasjon i standardmodellen for rettslig argumentasjon, reiser imidlertid uavklarte spørsmål på nivået for juridisk metode som det foreliggende rammeverket kan bidra til å formulere skarpere.⁵⁶

Mange av problemstillingene som nevnes i innværende avsnitt påkaller ytterligere bruk av "ekstern" logikk eller teori, og kan ikke løses med ressursene som ligger i modellen for rettslig argumentasjon. For utvikling av en kumulativ rettsteori er det derfor avgjørende at begreper og problemstillinger formuleres slik at jusen åpnes for kritikk og bidrag fra andre fag.⁵⁷

⁵⁴ Borchgrevink [2011] endogeniserer saksutvelgelse (under forutsetning om ene-dommer).

⁵⁵ I Kornhauser & Sager [2004] brukes terminologien "diachronic integrity" om dynamiske perspektiver. I Kornhauser & Sager [1993] finnes flere eksempler på betydningen av voteringsregimet og spørsmål knyttet til såkalt "path-dependence". Se List [2004] for en teoretisk drøftelse.

⁵⁶ I standardmodellen for rettslig argumentasjon inngår såkalt "reelle hensyn", "pragmatiske faktorer" e.l. som en klasse argumenter på linje med formelle kilder som autoritativt fastsatte (generelle) normer og dommer. Dersom rettskildenorner forstås som en relasjon mellom betingende konstellasjoner av rettskildefaktorer og mulig normformuleringer, kan "reelle hensyn" vel ikke foreligge før det det er tatt stilling til hvilken (komplett) norm som tentativt foreligger. Problemstillingen drøftes i Nordén [2002], som argumenterer for at prosessen bør formuleres sekvensielt. (Integrasjon av virkninger av gitte meningsinnhold kalles der reperkusjonsanalyse.)

⁵⁷ Dette tilsier blant annet at fokus flyttes fra idealer som fremhevet i Trechsel [2005]:

The author [...] is also moved by the ambition of presenting a work of legal science. This ambition is, however, modest. It would have, from a scientific perspective, been preferable to produce a book with twice as many pages and footnotes. It would have been desirable to take into account every publication ever produced on the subject, discussing every opinion held by other academics (s. 11).

Referanser

- Adler, J. G. og C. M. Falsen. 1814. Udkast til en Constitusjon for Kongeriget Norge. *Journal for Rigsforfatning, Lovgivning og Politie*, 2. bd., hf. 1 (Christiania).
- Barberà, S. 2011. Strategyproof Social Choice. I *Handbook of Social Choice and Welfare*, bd. II, K. J. Arrow, A. Sen, K. Suzumura (red.). Amsterdam: North-Holland.
- Ben-Yashar, R. C. og S. I. Nitzan. 1997. The Optimal Decision Rule for Fixed-Size Committees in Dichotomous Choice Situations: The General Result. *International Economic Review* 38(1), 175—186.
- Blinder, A. 2007. Monetary Policy by Committee: Why and How? *European Journal of Political Economy* 23, 106—123.
- Borchgrevink, H. 2011. Three Essays on Civil Litigation. Ph.D.-thesis, Department of Economics, University of Oslo.
- Claussen, C. A. and Ø. Røisland. 2010a. A Quantitative Discursive Dilemma. *Social Choice and Welfare* 35, 49—64.
- . 2010b. The Discursive Dilemma in Monetary Policy. Sveriges Riksbank Working Paper Series 240. Stockholm.
- Damaška, M. R. 1975. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *Yale Law Journal* 84(3), 480—544.
- Dietrich, F. og C. List. 2007. Strategy-Proof Judgment Aggregation. *Economics and Philosophy* 23, 269—300.
- Eng, S. 1990. Begrepe "kompetanse" og "gyldighet" i juridisk argumentasjon. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 103, 625—671.
- . 1998. U/enighetsanalyse – med særlig sikte på jus og allmenn rettsteori. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 2000a. Does the Doctrine of Precedent Apply to Judicial Arguments Concerning the Doctrine of Sources of Law? I *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*, ed. W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger og G. H. von Wright. Berlin: Dunker & Humblot.
- . 2000b. Fusion of Descriptive and Normative Propositions. The concepts of 'Descriptive Proposition' and 'Normative Proposition' as Concepts of Degree. *Ratio Juris* 13(3), 236—60.
- Fienberg, S. E. (red). 1989. *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*. New York, NY: Springer.

- Fischhoff, B. 1975. Hindsight \neq Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement Under Uncertainty. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1(3), 288—299.
- Hermalin, B. E., A. W. Katz, and R. Crasswell. 2007. Contract Theory. I *Handbook of Law and Economics, Volume 1*, red. A. Mitchell Polinsky og S. Shavell. Amsterdam: North-Holland.
- Kamin, K. A. og J. J. Rachlinski. 1995. Ex Post \neq Ex Ante. *Law & Human Behaviour* 19(1), 89—104.
- Kornhauser, L. A. 1992. Modeling Collegial Courts I: Path-Dependence. *International Review of Law and Economics* 12(2), 169-185.
- Kornhauser, L. A and Sager, L. G. 1986. Unpacking the Court. *Yale Law Journal* 96(1), 82—117.
- . 1993. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review* 81(1), 1—59.
- . 2004. The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases. *Philosophy & Public Affairs* 32(3), 249—276.
- List, C. 2004. A Model of Path-Dependence in Decisions over Multiple Propositions. *American Political Science Review* 98(3), 495—513.
- . 2005. The Probability of Inconsistencies in Complex Collective Decisions. *Social Choice and Welfare* 24, 3—32.
- List, C. og P. Pettit. 2002. Aggregating Sets of Judgments: An Impossibility Result. *Economics and Philosophy* 18, 89—110.
- . 2004. Aggregating Sets of Judgments: Two Impossibility Results Compared. *Synthese* 140, 207—235.
- May, K. O. 1952. A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica* 20(4), 680—684.
- Nguyen, T. T. and E. A. Walker. 1997. *A First Course in Fuzzy Logic*. Boca Raton, FL: CRC Press.
- Nordén, G. 2002. Norges Banks rettslige stilling: en systemorientert analyse med implikasjoner på nivået for juridisk metode. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 115(3-5), 710—775.
- . 2010. Cooperative Investments under Incomplete Contracts with Expectation Damages and Quality Thresholds: Intermediate Range Equilibrium Structure. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1579922 / Skriftserien 184, IFP.
- Ross, A. 1959. *On Law and Justice*. Berkeley, CA: University of California Press.

- Schei, T., A. Bårdsen, D. Bugge Nordén, C. Reusch, T. M. Øye. 2007. *Tvisteloven*. Bd. 1. Oslo: Universitetsforlaget.
- Sen, A. 1977. Rational Fools: A Critique of Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs* 6(4), 317—344.
- Shavell, S. 2006. On the Writing and the Interpretation of Contracts. *Journal of Law, Economics and Organization* 22(2), 289—313.
- Stephenson, M. C. 2009. Legal Realism for Economists. *Journal of Economic Perspectives* 23(2), 191—211.
- Stremitzer, A. 2010[2012]. Standard Breach Remedies, Quality Thresholds, and Cooperative Investments. *Journal of Law, Economics and Organization* (advance access, published July 28, 2010, doi: 10.1093/jleo/ewq007).
- Sundby, N. K. 1974. *Om normer*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Suppes, P. 1957. *Introduction to Logic*. Princeton, NJ: Van Nostrand.
- Trechsel, S. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Urfalino. 2010. Deciding as Bringing Deliberation to a Close. *Social Science Information* 49(1), 111—140.
- Waldron, J. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review* 82(3), 509—540.

Del II. Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og
folkerettslige krav til prosessordningen

Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser og folkerettslige krav til prosessordningen*

Innhold

1. Innledning	1
1.1 Problemstilling og hovedresultater	1
1.2 Kort om fremstilling og metode	8
2. Tilsidesettelse av frifinnende lagrettekjennelse: bakgrunn	13
2.1 Historikk	13
2.2 Kriterier for tilsidesettelse: kompetansespørsmålet	20
2.3 Utøvelse av tilsidesettelseskompetansen	22
3. Opptakt: Straffesaker i et beslutningsteoretisk perspektiv	23
3.1 Straffekrav og hypotesetesting	23
3.2 Straffekrav i kollektive organer. Evalueringskriterier	25
3.2.1 Bevisbedømmere trekkes fra ”store” populasjoner	25
3.2.2 Type I og type II feil	35
3.2.3 Bevisbedømmere trekkes fra ”små” populasjoner	42
3.2.4 Oppsummering	45
3.3 Kort om stillingen til sivile krav ved tilsidesettelse	45
4. Beslutningsmekanismen ved ankeforhandling med lagrette. Målet på svekkelsen av tiltaltes posisjon	47
5. Enkeltkomponentene i dobbeltprosessmekanismen	50
5.1 Oversikt. To populasjoner av bevisbedømmere	50
5.2 Sannsynligheten for fellende lagrettekjennelse. Sammenligning med en homogen med- domsrett	53
5.3 Sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten. Sammenligning med lagretten	56
5.4 Sannsynligheten for tilsidesettelse	59
6. Svekkelsen av tiltaltes posisjon	59
7. Vurdering og konfrontasjon: folkerettslige krav til prosessordningen	63
7.1 Innledning	63
7.2 Dobbeltprosess I: prosessuell stoppe-regel	64
7.2.1 Opptakt	64
7.2.2 Det folkerettslige begrepet ’finally [...] acquitted’	65
7.2.3 Strukturen i intern rett	67
7.2.4 Vurdering og konklusjon	69
7.3 Retten og adgangen til en uavhengig domstol	71
7.4 Krav til en upartisk domstol	73
7.5 Dobbeltprosess II: fundamental dynamisk beskyttelse	81
7.5.1 Innledning	81

7.5.2	Aspekter ved dobbeltprosessforbudet i amerikansk konstitusjonell rett	84
7.5.3	Dobbeltprosess som en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti i EMK-sammenheng	87
7.6	Internrettslig forankring: vurdering	90
7.7	Sammenfatning og konklusjon	96
8.	Internrettslige virkninger av folkerettsbrudd	101
8.1	Oversikt	101
8.2	Gjenåpning og trippelprosess?	103
8.3	Høyesteretts kompetanse: folkerettsforpliktelsen foran § 376a	104
8.3.1	Premisser	104
8.3.2	Begrunnelse (tilstrekkelighet)	106
8.4	Rettskraftig domte I: ”direkte” gjenåpning etter § 392(2)	108
8.5	Rettskraftig domte II: befestende høyesterettsdom og gjenåpning av analoge saker etter § 392(1)	109
8.5.1	Innstegsbetingelsene, herunder det prosessuelle lovtolkningsbegrepet	110
8.5.2	Avveiningen: benyttelse av kompetansen?	112
8.6	Alternativ virkningskanal: internasjonal avgjørelse og gjenåpning av samme sak etter § 391	113
8.7	Rettskraftig domte III: internasjonal avgjørelse og gjenåpning av analoge saker	114
9.	Imlisitte dobbeltprosessmekanismer	115
9.1	Ny votering over uendrede spørsmål til lagretten	115
9.2	Anke etter frifinnende kjennelse I: usikkerhet om straffekravs identitet	116
9.3	Anke etter frifinnende kjennelse II: overgang til mer generelle problemstillinger	118
10.	Avslutning	119
10.1	Konklusjon	119
10.2	Noen perspektiver	122
10.2.1	Et resultatorientert uskyldspresumsjonsbegrep	122
10.2.2	Design av kollektivmekanismer	124
	Appendiks A: Det aksiomatiske sannsynlighetsbegrepet	128
	Appendiks B: Dokumentasjon av beregninger: store lagdommer	133
	Appendiks C: Dokumentasjon av beregninger: små lagdommer	139
	Referanser	142

* Forskjellige aspekter ved arbeidet er blitt presentert i ulike fora. Mange har kommet med innspill eller hjulpet på annen måte. Takk til Erik Bollestad, Richard R.W. Brooks, Marius Emberland, Jill Fraley, Conor Hanly, Maria Astrup Hjort, Jo Høvik, Sigrid Redse Johansen, John H. Langbein, Ragnar Nordeide, Robert C. Post, Jon Petter Rui, Runar Torgersen, Philippe Urfalino, Matti Wiberg, og Halvor Ødegaard.

Flere lesere har bidratt med konstruktiv kritikk og foreslått viktige forbedringer. Det rettes en særlig takk til Henrik Borchgrevink, Erling Eide, Svein Eng, Espen R. Moen og Dag Bugge Nordén. Birger Strøm har gitt generøs programmeringshjelp.

Government should not structure the adjudication game so that it is "heads we win; tails let's play again until you lose; then let's quit (unless we want to play again)."

Akhil Reed Amar, 1997

Have derimod de Edsvorne erklæret den Anklagede ikke skyldig, saa har Underdommeren blot at frifinde ham, og han kan da ikke mere, for den Sag, under hvilkensomhelst Forevending, belanges.

Adler-Falsens grunnlovsutkast § 192, 1814

1. Innledning

1.1 Problemstilling og hovedresultater

For saker som kommer til ankebehandling med lagrette (jury) etter straffeprosessloven kapittel 24, etablerer norsk rett en særegen avgjørelsesmekanisme for *bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet*. Mekanismen utsetter tiltalte for *to ikke-angripelige prosesser* i forskjellige kollektive organer: risiko for endelig (uangripelig) domfellelse av en jury i trinn én, og – om denne risikoen ikke realiseres – tilsidesettelse av retten (fagdommerne) og fornyet risiko for endelig (uangripelig) domfellelse av en meddomsrett i trinn to.

Muligheten for tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelser ble innført i norsk rett i 1933. Ordningen har med visse endringer overlevd flere prosessreformer. Hjemmelen er nå strprl. § 376a, som lyder:

Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, men retten finner det utvilsomt at han er skyldig, kan den ved enstemmighet beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere. Ved den nye behandlingen settes lagmannsretten som meddomsrett. [---]

Retten treffer beslutning etter denne paragraf av eget tiltak uten at partene har adgang til å uttale seg. Beslutningen kan ankes på grunn av feil ved saksbehandlingen eller lovanvendelsen.

Dette beslutningsregimet svekker tiltaltes posisjon. Vi begrepsfester og bedømmer risikoen tiltalte eksponeres for gjennom en *rettsfunksjonell* (virkningsorientert) analyse. På bakgrunn av denne analysen konfronteres avgjørelsesmekanismen med folkerettslige krav til prosessordningen.

Vi kaller tilsidesettelsesordningen en *kvalifisert selvutløsende dobbeltprosessmekanisme*. Betegnelsen må forstås å referere til realiteten fordi en frifinnende kjennelse formelt ikke avslutter en prosess i intern rett.¹ Navngivningen er for det første motivert av grunnleggende

¹ Rettskraft krever etter forhandling med jury medvirkning av retten og etter tilsidesettelsesbeslutning medvirkning av meddomsretten: den oppnås først etter domsavsigelse (strprl. §§ 30 og 376 jfr. §§ 50 og 51(1)).

rettsstatsprinsipper som kommer til uttrykk i forbud mot ”double jeopardy” (evt. *ne bis in idem*). Prinsippene omhandler i det vesentlige grenser for flere rettssaker i samme sak i tilknytning til rettergangsskritt fra partene. I den foreliggende problemstillingen er det imidlertid *domstolen selv* som – etter å ha observert utfallet av den første bevisbedømmelsen – autonomt beslutter *ny bevisbedømmelse* og dermed utsetter tiltalte for risiko for endelig domfellelse på ny. Dobbeltprosess i vanlig betydning av ordet er derfor en for svak betegnelse på risikoen som tiltalte eksponeres for. Sitatet fra Amar i epigrafen øverst er mer beskrivende for § 376a enn de situasjonene i amerikansk rett som han drøfter.²

Betegnelsen er for det annet motivert av bruken av heterogene beslutningsorganer, som kan medføre at tiltalte i trinn med hensyn til bevisbedømmelsen utsettes for større risiko for domfellelse enn i trinn én. Dette har blant annet sammenheng med: (i) meddomsrettens (effektive) størrelse og sammensetning; (ii) mulige lærings- og lojalitetsforbindelser mellom de to trinnene i beslutningsmekanismen; (iii) tiltaltes mer omfattende beskyttelse fra en fellende jurykjennelse enn dom i trinn to: kjennelsen ville kunne blitt tilsidesatt av fagdommerne under alminnelig flertall etter strprl. § 376c, og denne tilsidesettelsen ville aktivert beskyttelsen under § 376d.³

Betegnelsen er for det tredje motivert av at rettslig usikkerhet kan forsterke svekkelsen i tiltaltes posisjon som dobbeltprosessen medfører. Etter tilsidesettelse av frifinnende kjennelse gjelder ingen analogi til et forbud mot *reformatio in peius*. Se til illustrasjon dommen i Rt. 2009 s. 130:

Fire tiltalte var anklaget for grov korrupsjon. Juryen svarte nei på hovedspørsmål om korrupsjon for alle tiltalte (det ble derfor ikke stilt tilleggsspørsmål om grov korrupsjon). Det ble protokollert at retten aksepterte juryens kjennelse. Dernest besluttet fagdommerne at det med hjemmel i strprl. § 375 skulle stilles nye spørsmål til juryen om grov utroskap. Retten ble satt på ny noen dager senere. Juryen juryen

² Amar [1997] s. 1812. Etymologisk betyr ”double jeopardy” et usikkert spill som man kan tape (s.st. s. 1810 og 1838).

I prosessordninger tilknyttet hierarkiske autoritetsstrukturer kan betegnelsen ”dobbeltprosess” fremstå som en pleonasme. Ordningene har inntil konfrontasjon med anglo-amerikansk inspirerte ”fair-trial”-krav, tillatt gjenntatte vurderinger av alle aspekter ved avgjørelser. (Anglo-amerikansk rett legger innenfor rammen av en desentralisert autoritetsstruktur stor vekt på å avgjøre straffekrav i en éntrinns-modell, se Damaška [1975] og kapittel 7 nedenfor). I Damaška [1986] bemerkes at en engelsk standardoversettelse av Kafkas *Der Prozess* (*Proessen*, Gyldendal Norsk Forlag 1951) til ”The Trial” av denne grunn er misvisende (s. 48).

³ Paragraf 376d beskytter tiltalte mot å ”dømmes etter strengere straffebestemmelser enn han ville blitt dømt etter dersom lagrettens kjennelse i den første behandlingen av saken var lagt til grunn.”

Nettoeffekten av (iii) er imidlertid ikke opplagt: Det måtte samtidig tas hensyn til muligheten for tilsidesettelse av en frifinnelse i trinn to, og at regimet i prinsippet ville åpne for et ubegrenset antall prøvinger av realiteten. Dette ville skape muligheten for komplekse sekvenser hvor beskyttelse gjennom § 376d deaktiveres og reaktiveres. Beskrivelsen er relevant for avgjøelsesmekanismen for straffekrav som gjaldt fra 1933 til 1990, se avsnitt 2.1 og 7.6 nedenfor.

besvarte igjen skyldspørsmålet benektende for alle tiltalte. Den nedsubsumerte kjennelsen ble satt til side av retten etter § 376a. Etter ny hovedforhandling for meddomsrett ble to dømt for grov korrupsjon og to for medvirkning til grov korrupsjon.⁴

Bruken av heterogene mekanismer kan ytterligere forsterke den rettslige risikoen forbundet med dobbeltprosess. Det er videre ankeadgang til skade for tiltalte fra en meddomsrettsdom enn ved dom avsagt etter jurybehandling.⁵ Etter en *fellende* lagrettekjennelse i første trinn ville to fagdommere ved jurybehandling i annet trinn kunnet *frifinne* på grunnlag av rettspørsmål etter § 376b(2).

Vi påstår at tilsidesettelsesmekanismen er i strid med krav til prosessordningen som med bakgrunn i Verdenserklæringen om menneskerettighetene (VE) er rettsliggjort i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 14 (SP 14), Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 6 (EMK 6) og Syvende tilleggsprotokoll art. 4 (4P7).

Påstanden om folkerettsbrudd forankres i flere av underkategoriene i SP 14 og EMK 6, og i 4P7. Brudd på én av disse *nødvendige betingelsene* for en konvensjonskonform prosessordning, er tilstrekkelig for å slutte folkerettsbrudd. Samtidig påstås konflikt med det overordnede ”fair trial”-kravet i SP 14(1) og EMK 6(1) i prinsippet uavhengig av brudd på én eller flere av de nødvendige betingelsene. Dette vil kunne få selvstendig betydning i flere relasjoner og har blant annet sammenheng med en anomali i Norges tilslutning til konvensjonene.

Det står sentralt i argumentasjonen at garantiene må forstås i et resultat-relativt perspektiv og ikke (utelukkende) som formelle krav til hvordan mekanismene fremstår.

Internrettslig vil en holdbar hypotese om folkerettsbrudd kunne få fremoverskuende virkninger, og vil måtte få bakoverskuende virkninger. Med fremoverskuende virkninger siktes til behandling etter straffeprosessloven kapittel 24 (herunder ved anke over tilsidesettelsesbe- slutning eller anke av etterfølgende fellende dom i meddomsretten). Bakoverskuende

⁴ Anken til Høyesterett gjaldt meddomsrettens kompetanse til å anvende korrupsjonsbestemmelsene når juryen hadde frifunnet for korrupsjon i en kjennelse som ikke var satt til side. (Det fremgikk av den protokollerte rettsbelæringen under den første jurybehandlingen at retten mente forholdet ikke ble rammet av korrupsjonsbestemmelsene.)

⁵ Dom avsagt etter lagrettebehandling kan ankes til skade for tiltalte på grunn av feil ved lovanvendelsen under skyldspørsmålet kun hvis det er feil i en protokollert rettsbelæring, strprl. § 306(3), sml. § 306(1)–(2).

virksomheter gjelder stillingen til rettskraftig domte. Det gjennomføres en detaljert drøftelse av virkningskanaler og argumentes for at en bred klasse domfældte har krav på gjenåpning.⁶

Paragraf 376a etablerer en eksplisitt dobbeltprosessmekanisme, som er inngjerdet av strenge krav, herunder enstemmighet blant fagdommerne. Prosessordningen kan imidlertid medføre at staten (i Amars analogi i epigrafen) får kaste mynten på nytt i situasjoner hvor tiltalte risikerte endelig domfældelse i trinn en, men hvor retten (fagdommerne) ikke har funnet svakheter ved juryens realitetsavgjørelse. Slike ”implisitte” dobbeltprosessmekanismer kan virke mer graverende enn den eksplisitte mekanismen og gi incentiver til strategisk adferd. (Vi argumenterer for at en lignende situasjon kan oppstå på grunn av det nylig domstolskapte kravet til begrunnelse av fellende lagrettekjennelser.) Drøftelsene aktualiserer mer omfattende spørsmål om innretning og design av avgjørelsesmekanismen for straffekrav.

I analysen av avgjørelsesmekanismen for straffekrav skiller vi mellom det som kan kalles *statiske* og *dynamiske* aspekter.

Statiske aspekter knytter seg avgjørelsen av straffekrav i det enkelte kollektivorgan. Noen stikkord er krav til størrelse, sammensetning, aggregeringsregler (voteringsregime og antallet stemmer for domfældelse), samt krav til uavhengighet og upartiskhet.

Dynamiske aspekter gjelder sekvenser av avgjørelser som treffes med hensyn til et straffekrav i forskjellige organer. Det kan skilles mellom ”vertikale” aspekter, som gjelder i situasjoner der partene (i det minste tiltalte) har rettsmidler i behold. ”Horisontale” dynamiske aspekter gjelder i situasjoner der tiltalte har uttømt rettsmidlene, men der en mot- eller tredjepart kan utløse ny realitetsvurdering.

Det oppstår behov for statisk og dynamisk vern fordi rettsavgjørelser treffes under *usikkerhet*. –Dersom alle saker (alle konstellasjoner av fakta og rettsnormer) som kom til pådømmelse var slik at alle bevisbedømmere måtte nå samme resultat, ville det ikke investeres ressurser i kollektive organer, hierarkisk ordnede domstolsystemer eller horisontalmekanismer som den foreliggende: alle kollektiver og sekvenser av kollektiver måtte nå samme resultat. Kun et minimalt apparat ville være nødvendig for å *kontrollere* at kriteriene for avgjørelsene ble fulgt. Når usikkerhet gjør seg gjeldende på nivået for bevisbedømmelse, rettsnormer eller

⁶ Vi betrakter utelukkende internrettslige virkninger i relasjon til avgjørelsen av skyldspørsmålet. (Erstatning med grunnlag i dobbeltfølgning er aktuelt også for tiltalte som oppnår frifinnelsesdom etter tilsidesettelse.)

Det foreligger begrenset informasjon om tilsidesettelser. For den *rettslige* diskusjonen er omfanget av liten betydning (avsnitt 7.6 nedenfor), men vi refererer til noen undersøkelser i avsnitt 8.1 nedenfor.

anvendelsen av rettsnormer på antatte fakta, får den statiske og dynamiske utformingen av mekanismene selvstendig betydning for utfallet.

I den grad usikkerhet tematiseres i konvensjonspraksis og tilknyttet litteratur, har den blitt konseptualisert enten som en egenskap ved materielle rettsnormer (krav til klarhet i relasjonen mellom betingende fakta og rettsfølger) eller som et teknisk-prosessuelt begrep (krav til eksistens av en stoppe-regel i betydningen *res judicata*). En slik partisjonering av usikkerhetsdimensjoner er ikke holdbar fra et funksjonelt perspektiv. Dette påvises i detalj nedenfor.

I argumentasjonen for folkerettsbrudd integreres den funksjonelle analysen med viktige avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Dette gjelder særlig de sivile sakene *Brumărescu v. Romania* (storkammer)⁷ og *Ryabykh v. Russia*⁸ og straffesakene *Nikitin v. Russia*⁹ og *Zolotukhin v. Russia* (storkammer).¹⁰ Lest i et dynamisk perspektiv peker dommene i retning av en dypere forståelse av betydningen av usikkerhet, og kan bidra til en interessant konvergens mellom kontinental og anglo-amerikansk rett.

Arbeidet er motivert av at dobbeltprosessmekanismene i norsk rett utfordrer grunnleggende intuisjoner om en forsvarlig prosessordning. Analysen påkaller dommer i EMD som har slått ned på østeuropeiske prosessordninger, som med hensyn til avgjørelsesmekanismen for straffekrav fremstår som mindre ytterliggående enn den norske ordningen. Samtidig har tilsidesettelsesmekanismen virket siden 1933. Den må frem til 1990 i prinsippet ha tillatt et ubegrenset antall prøvinger av realiteten, og har overlevd flere prosessreformer – så vidt vi vet uten og på noe tidspunkt å ha blitt kritisert fra en rettssikkerhetsmessig synsvinkel i hverken forarbeider, høringsuttalelser, rettspraksis eller rettslitteratur. Det samme gjelder Høyesterett, som har hatt foranledning til å vurdere mekanismen i en rekke situasjoner, og som har ansett seg kompetent til å foreta dyptgripende endringer i avgjørelsesregimet for straffekrav.

Arbeidet har i som siktemål å etablere tilstrekkelige betingelser for folkerettsbrudd. Utgangspromblemstillingen har også foranlediget analyse av mer generell interesse: Regler om beviskrav er rettet til den enkelte bevisbedømmer samtidig som realiteten i skyldspørsmålet (i likhet med andre avgjørelser som får rettskraftvirkning) avgjøres av kollektive organer under bestemte aggregeringsregler. Hensynene bak disse normene og de fleste øvrige garantiene som er bygget inn i straffeprosessen til tiltaltes fordel, tilsier at det er *resultatene* som gene-

⁷ Dom 28. oktober 1999 (no. 28342/95).

⁸ Dom 24. juli 2003 (no. 52854/99).

⁹ Dom 20. juli 2004 (no. 0178/99).

¹⁰ Dom 10. februar 2009 (no. 14939/03).

teres som tilstrebes kontrollert. Dette oversettes til å gjelde kontroll med sannsynligheten for domfellelse. Vi kartlegger hva kollektivstørrelse- og sammensetning (fordeling på fag- og lekdommere) samt voteringsregler kan bety for sannsynligheten for slutning av straffeskyld i lagretten, medomsretten og i den sammensatte dobbeltprosessmekanismen. Vi introduserer også et plausibelt evalueringskriterium for avgjørelser som muliggjør karakteristikkk av kollektivmekanismene med hensyn til kontroll over type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte) og type II feil (frifinnelse av skyldig tiltalte). Et slikt funksjonelt perspektiv er såvidt vi vet ikke tidligere utarbeidet i norsk litteratur.

Juryordningen er på nytt under press. Vi tar ikke stilling til den rettspolitiske diskusjonen om juryen, men stiller fra et funksjonelt og statsrettslig perspektiv spørsmål til noen av endringene som Høyesterett har introdusert under henvisning til menneskerettigheter.

1.2 Kort om fremstilling og metode

Forhistorien til strprl. § 376a motiverer det ”rettslige eksperimentet” som danner utgangspunkt for arbeidets analytiske del: en sammenligning av avgjørelsesmekanismen for straffekrav med og uten tilsidesettelsesmekanismen. Ordningen ble innført på en summarisk måte i 1933. Utformingen har variert over tid, i stor grad som mer eller mindre tilfeldig følge av andre prosessreformer. Mekanismen fremstår som svakt forankret i intern rett. Dette er relevant i argumentasjonen for folkerettsbrudd og kan få betydning for grupper av rettskraftig dømte. Forhistorien er også til hjelp i å fastlegge de gjeldende tilsidesettelseskriterierene i § 376a. Derfor gis i kapittel 2 en knapp, men konsis gjennomgang av utviklingen i beslutningsregimet. Det skilles mellom kriterier tilsidesettelseskompetanse og normer for utøvelsen av kompetansen.

Som en opptakt til *analysen* av de faktisk virkende beslutningsmekanismene, gis i kapittel 3 en selvstendig introduksjon til beslutningsteoretisk perspektiv på straffesaker. Prosessen betraktes som testing av en såkalt nullhypotese om tiltaltes (rettslige) uskyld. Det vises hvordan hypotesen prøves i små kollektivmekanismer i et statisk perspektiv (ingen angripelsesadgang). Hovedvekten legges på å forklare samspillet mellom kollektivstørrelse og voteringsregler (stemmekrav til domfellelse). Kapitlet inkluderer en drøftelse av evalueringskriterier for beslutningsmekanismene, basert på populasjonen av potensielle bevisbedømmere. Kapitlet avsluttes med en oversikt over stillingen til sivile krav ved tilsidesettelse.

I kapittel 4 forbreides den dynamiske analysen med fastleggelse av et ”ytre” mål på svekkelsen av tiltaltes posisjon. Det skjer ved hjelp av et såkalt beslutningstre, som forklarer

alle mulige kombinasjoner av avgjørelser som kan treffes med hensyn til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet etter straffeprosessloven kapittel 24.¹¹ *Økningen* i sannsynligheten for domfellelse som en følge av dobbeltprosessmekanismen gis ved produktet av sannsynligheten for frifinnelse i juryen og den veide sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten, der vekten er gitt ved sannsynligheten for tilsidesettelse av fagdommerne i juryprosessen.

I kapittel 5 studeres enkeltmekanismene som inngår i det ytre målet. Det betyr en analyse av beslutningstreets noder tilsvarende henholdsvis juryens avgjørelse, rettens tilsidesettelsesbeslutning gitt frifinnende jurykjennelse og meddomsrettens avgjørelse av skyldspørsmålet gitt frifinnende kjennelse og gitt tilsidesettelse. En direkte sammenligning av juryen og meddomsretten med hensyn til risiko for domfellelse og type I og type II feil har selvstendig interesse.

Kapittel 6 integrerer analysen av juryen og meddomsretten fra kapittel 5 med målet etablert i kapittel 4. Dermed uttrykkes vekkelsen av tiltaltes posisjon som en funksjon av visse parameterverdier som leseren selv kan velge (målet er i denne forstand ”åpent,” se rett nedenfor). Parameterverdiene representerer ulike saker (kombinasjoner av fakta og rettsnormer) som kan komme til pådømmelse. Resultater presenteres i figur- og tabellform. Den rettslige relevansen av å undersøke mange parameterkonstellasjoner motiveres spesifikt i avsnitt 7.7.

Den analytiske representasjonen av dobbeltprosessmekanismen gjør det lettere å identifisere kritiske punkter i konfrontasjonen med folkerettslige krav til prosessordningen i kapittel 7. Det trekkes på både kvalitative og kvantitative innsikter fra kapittel 3—6.

Konfrontasjonen starter med en analyse av *nødvendige betingelser* for en konvensjonskonform prosessordning. Først betraktes det folkerettslige begrepet ’finality’ i et stoppe-regel perspektiv (avsnitt 7.2). Basert på 4P7, konvensjonspraksis og strukturen i intern rett, sluttet at at en frifinnende jurykjennelse er endelig i konvensjonenes forstand. Tilsidesettelse er derfor i strid med eksplisitte dobbeltprosessforbud.

Dernest argumenteres for at tilsidesettelsesordningen bryter med adgangen og retten til en uavhengig og upartisk domstol (avsnitt 7.3 og 7.4). Konklusjonen forsterkes ved bruken av heterogene beslutningsorganer. Stikkord for drøftelsen er det særlige signal om skyld som bevisbedømmerne i trinn to mottar ved tilsidesettelsen. Dette aksentueres ved mulige lærings- og lojalitetsmekanismer mellom fagdommerne, som velges til meddomsprosessen fra samme lagdømme som tilsidesatte juryens kjennelse i trinn én.

¹¹ Vi *forutsetter* straffeprosesslovens begrep ’bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet’ uten at vi antar at dette er klart eller ukontroversielt i alle relasjoner (ad det siste, se Urbye [1910]). Nedenfor brukes betegnelsene ”fakta” og ”rettsanvendelse” med liten intensjonsdybde.

I avsnitt 7.5 analyseres rettsnormene fra et mer grunnleggende dynamisk perspektiv enn som teknisk stoppe-regel. Det knyttes an til amerikansk konstitusjonell rett og nyere rettspraksis i EMD. I vurderingen av tiltaltes dynamiske vern, integreres den funksjonelle analysen i kapittel 3—6 med en resultatrelativ forståelse av prosessgarantiene. Argumentene for at § 376a bryter dobbeltprosessforbud i 4P7 og SP 14(7) utdypes. Samtidig argumenteres for brudd på det aggregerte ”fair trial”-kravet i SP og EMK i prinsippet uavhengig av konklusjonene vedrørende underkategoriene (de nødvendige betingelsene). Analysen påkaller en detaljert drøftelse av EMD-praksis.

I argumentasjonen for folkerettsbrudd kan det ha selvstendig betydning at tilside-settelsesmekanismen er svakt forankret i intern rett. I avsnitt 7.6 påvises at den tilfeldige utformingen har medført særlige former for vilkårlighet (herunder såkalt sti-avhengighet eller ”path dependence”). Tilside-settelsesmekanismen står i kontrast til foranstaltninger og systemgarantier ellers i intern rett som skal sikre en forsvarlig behandling av straffekrav.

Kapittel 8 omhandler internrettslige virkninger forutsatt en holdbar hypotese om folkerettsbrudd. Det skilles mellom fremoverskuende og bakoverskuende virkninger. I forbindelse med drøftelsen av domstolenes kompetanse og plikt fra et internrettslig perspektiv, oppstår noen interessante spørsmål i skjæringspunktet mot juridisk metode. Den mest realistiske virkningskanalen, konvensjonsavgjørelse og gjenåpning, påkaller også en detaljert drøftelse.

I kapittel 9 identifiseres implisitte dobbeltprosessmekanismer. Problemstillingene som drøftes peker i retning av mer overordnede designspørsmål hva gjelder avgjørelsesmekanismen for straffekrav.

I det avsluttende kapittel 10 ses analysen og visse aspekter av prosesssystemet i en bredere sammenheng. Vi foreslår et funksjonelt orientert begrep om uskyldspresumsjon, og fremhever at det statiske og dynamiske vern for tiltalte som implementeres via konvensjonene, langt på vei kunne fått grunnlovsstatus i Norge fra 1814. Det stilles imidlertid spørsmål ved noen av endringene i juryordningen som har skjedd under påberopelse av menneskerettigheter. Til illustrasjon betraktes en alternativ institusjonell sammensetning av de 12 bevisbedømmere som etter plenumsdommen i Rt 2009 s. 750 har fått plikt til å ta stilling til skyldspørsmålet under et uniformt beviskrav.

Analytisk går vi frem på følgende måte:

Prosessreglene definerer to klasser av potensielle bevisbedømmere, henholdsvis lekdommere (herunder jurymedlemmer) og fagdommere.¹² Bevisbedømmere trekkes fra populasjonene til de mindre kollektivene som definert i prosesslovene og som avgjør straffekrav.

I en konkret sak fremkommer et sett av kjennsgjæringer, og et sett av rettsnormer (herunder bevis- og beviskravsregler) kommer til anvendelse. Beslutningsmekanismene som analyseres, kommer anvendelse på tvers av alle sakstyper. Derfor gjøres det tankeeksperiment at sakene forelegges populasjone av potensielle bevisbedømmere, som dermed kan beskrives ved de respektive andeler som ville sluttet straffeskyld betinget av relevante fakta og rettsnormer.

Gitt såkalt tilfeldig trekning fra populasjonene av bevisbedømmere, vil en tilfeldig valgt bevisbedømmer slutte straffeskyld med sannsynlighet lik *populasjonsandelen* som slutter straffeskyld. Følgelig kan en parameter p mellom null og én tolkes som sannsynligheten for at en tilfeldig valgt lekdommer (et tilfeldig valgt jurymedlem) vil slutte straffeskyld. En tilsvarende parameter q defineres for fagdommere. Sannsynlighetene oppstår som en følge av prosessregler som skal sikre en upartisk rettergang.¹³ Vi lar leseren selv fritt velge slike parametre (populasjonsandeler). Fordi mange kombinasjoner av fakta og rettsnormer er aktuelle, bør mange kombinasjoner av p og q betraktes.

Input-sannsynlighetene, som avledet fra populasjonsandelene, brukes til å beregne sannsynligheten for domfellelse (forkastelse av nullhypotesen om uskyld) i kollektivmekanismene definert i prosesslovene. Dermed oppnås sannsynligheten for domfellelse som en en funksjon av kollektivstørrelse, voteringsregler og fordelingen mellom fag- og lekdommere. Dette muliggjør en undersøkelse av om det er forskjell i sannsynligheten for å bli funnet skyldig i juryen og meddomsretten. Sammenligningen har selvstendig interesse, men representerer i den foreliggende sammenhengen et *interim*-perspektiv: tiltalte er ”frifunnet,” men står overfor en ny bevisbedømmermekanisme.

I sammenligningen av mekanismer skilles mellom ”lokale” (punktvis) og ”globale” (flere parametersett) sammenligninger. Fordi voteringsreglene ikke krever enstemmighet, nå interessante resultater som kan fremstå som kontraintuitive. For en skarpere karakteristikk av mekanismene, innføres under henvisning til legalitetsprinsippet og det såkalte Mays teorem en

¹² Vi bruker betegnelsen ”lekdommer” også om jurymedlemmer selv om dette ikke er domstollovens terminologi.

¹³ Den enkelte (potensielle) bevisbedømmer antas å ta *endelig* stilling til skyldspørsmålet gitt de foreliggende fakta og rettsnormer.

For konstellasjoner av fakta og rettsnormer hvor alle bevisbedømmere kommer til samme resultat, degenerer sannsynlighetene. Da vil alle kollektivmekanismene måtte nå samme resultat.

definisjon av straffeskyld basert på majoritetsoppfatningen i klassen av potensielle bevisbedømmere. Dette gjør det mulig å knytte utformingen av kollektivmekanismene til type I og type II feil.

Også målet på svekkelsen i tiltaltes posisjon uttrykkes som en funksjon av parameterverdiene p og q (og en tolkningsparameter for rettslige kriterier for tilsidesettelse) og gir økningen i sannsynligheten for type I feil.

Fordi mange norske lagdommer er små, oppstår en form for ”mekanisk” avhengighet i trekningsmekanismen for fagdommere. Den kvantitative betydningen for dobbeltprosessmekanismen kartlegges.

Analysen fokuserer det som kan kalles formelle egenskaper ved beslutningsmekanismene (betydningen av kollektivstørrelse, voteringsregler og fordelingen mellom fag- og lekdommere) og den sekvensielle *sammensetningen* av mekanismene som dobbeltprosessen etablerer. Målet på svekkelsen av tiltaltes stilling defineres over hele settet av mulige sakstyper og forutsetter ingen teori om hva slags saker (eventuelt fordeling av saker) som kommer til pådømmelse.

Flere forhold holdes konstante i sammenligningen mellom mekanismene (*ceteris paribus*). Utgangsproblemstillingen foreslår å ikke la rettsnormene og fakta variere, selv om dommen i avsnitt 1.1 ovenfor illustrerer en slik mulighet i tiltaltes disfavør (i kapittel 3—6 modelleres en for tiltalte gunstigere avgjørelsesmodell enn den som faktisk kan virke). Det gjennomføres ingen analyse av dommeradferd i mekanismene. En (implisitt) forutsetning om uavhengighet mellom bevisbedømmerne i beslutningsmekanismene kan motiveres med rettslige krav til hvordan mekanismene *bør* virke, uten at vi insisterer på at den treffer fullt ut empirisk: En enkel modell kan kontrollerbart belyse strukturelle forskjeller på en måte som generaliseringer basert på usikkert empirisk grunnlag ikke evner.¹⁴ Teorien kan også bygges

¹⁴ Kombinasjonen av variasjonen i individuelle sakstyper og ikke-eksperimentelle data gjør det krevende å gjennomføre meningsfulle *empiriske* studier av rettslige beslutningsmekanismer (Lempert 1975). Jury-studier kan dessuten støte an mot rettslige prinsipper (se Kalven & Zeisel [1966] for et berømt eksempel og mer generelt Note [1983]). En omfattende internasjonal litteratur knytter seg til juryer, og gjelder hovedsakelig et symmetrisk krav til enstemmighet for både frifinnelser og domfellelser (den dominerende regelen i amerikansk rett). Krav om enstemmighet gir opphav til en annen dynamikk enn under majoritets- eller supermajoritetskrav (Penrod & Hastie [1979] og MacCoun [1989] er oversiktsartikler).

Analysen av meddomsretter (”mixed tribunals”) er sjeldne. Et sentralt arbeid er Casper & Zeisel [1972], som kommenteres i avsnitt 5.1 nedenfor (Ivkovic [2007] gir en oversikt over nyere litteratur).

Nygaard [2010] har gjort empiriske studier av den norske juryen og formulerer flere skarpe konklusjoner. Det er av flere årsaker vanskelig å trekke slutninger fra arbeidet. Vi begrenser oss til å påpeke at det ikke er beskrevet noen randomiseringsmekanisme i utvelgelsen av saker eller gjort undersøkelser av ikke-responder. (Nygaard synes å mene lav responsgrad styrker påliteligheten av dataene samtidig som han trekker

ut og sofistikeres, eller brukes som utgangspunkt for å resonnerer omkring de valgte forutsetningene. Se til illustrasjon om fagdommerpåvirkning i avsnitt 5.1, om avhengighet i dobbeltprosessen i avsnitt 7.4 eller om strategisk adferd i implisittmekanismene i kapittel 9.

Det gis en elementær forklaring av nesten alle begreper som introduseres. Utstrakt bruk av figurer skulle gjøre fremstillingen lett tilgjengelig. I tillegg til opptakten i kapittel 3, presiseres hovedteksten gjennom en redegjørelse for (det aksiomatiske) sannsynlighetsbegrepet i appendiks A. Fremstillingen kan ha selvstendig interesse. Det forekommer jevnlig merkverdige utsagn i rettslitteratur om hva sannsynlighetsbegrepet ”er” eller hva det kan eller ikke kan brukes til. Det er et stort potensial for mer utstrakt bruk av analytiske metoder i rettsteori og i forbindelse med rettsanvendelse!¹⁵

I appendiks B dokumenteres beregningene presentert i kapittel 5 og 6 (det benyttes mer effektive, enn mindre pedagogiske, metoder enn i kapittel 3.) Appendiks C anskueliggjør betydningen av små lagdømmer.

2. Tilsidesettelse av frifinnende lagrettekjennelse: bakgrunn

2.1 Historikk

Forhistorien til § 376a motiverer det ”rettslige eksperimentet” som betraktes i artikkelens analytiske del, nemlig sammenligning av tiltaltes posisjon i en situasjon med og uten tilsidesettelsehjemmel. Den over tid varierende utformingen av tilsidesettelsesregimet, har dessuten relevans for stillingen til grupper av rettskraftig domfelte (kapittel 8 nedenfor).

Jurysystemet ble innført i Norge i 1887 etter en omfattende diskusjon. Det ble foretatt inngående studier av fremmede prosessordninger som skal ha representert et betydelig løft for

”slutninger [...] etter vanlige sannsynlighetskriterier”, se henholdsvis s. 86 og 145.) Nygard har også studert lagmannsretten satt som meddomsrett. Denne studien kommenteres i avsnitt 5.1 nedenfor.

¹⁵ Som udefinert term kan sannsynlighetsbegrepet gis mange tolkninger og anvendelser. Fra en omfattende litteratur viser vi til Fienberg [1989] og Taroni *et al.* [2006]. Disse arbeidene retter seg i første rekke mot bevisbedømmelsesprosessen på nivået for den enkelte bevisbedømmer. (Førstnevnte er et omforent arbeid fra bredt sammensatte ekspertgrupper om bruk av probabilistisk informasjon i rettssystemet, og inneholder en oversikt over og vurdering av den internasjonale litteraturen. Sistnevnte viser slagkraften i anvendelser.)

Egeland [2009] er en viktig artikkel i norsk sammenheng, som inneholder en forsiktig formulert, men skarp kritikk av rettslitteratur.

Dersom det av sentrale premisser i en dom skulle fremgå at det er resonneret i strid med aksiom I—III i appendiks A nedenfor, må dommen – utfra en forventning om rasjonalitet i rettssystemet – være kandidat til å bli opphevet. Andenæs [2002b] dokumenterer at overordnede domstoler selv ved begrenset anke kan gå langt i å overprøve anvendelsen av ”teknisk pregede erfaringssetninger på den faktiske situasjon. De hensyn som ellers har tilsagt begrensningen i Høyesteretts kompetanse, gjør seg ikke gjeldende i et slikt tilfelle” (s. 75—76).

Det melder seg her imidlertid krevende spørsmål som gjelder muligheten for logisk konsistens i kollektive organer. Denne problemstillingen kan ikke følges her, men den antydes som ett eksempel på behovet for teoretisk analyse.

norsk rettstenkning.¹⁶ Den amerikanske juryinstitusjonen var et sentralt forbilde.¹⁷ I 1933 fremsatte likevel regjeringen Mowinckel endringsforslag, herunder til en tilsidesettelsesordning for frifinnende lagrettekjennelser.¹⁸ Bakgrunnen var særlig at ”det i de senere år har forekommet mislige lagrettekjennelser og at det har gjort seg gjeldende bevisste tendenser til å sette hensynet til lov og rett til side for politiske og klassemessige hensyn.”¹⁹ Sitater fra pressen inngikk i begrunnelsen, for eksempel:

Juryen er ikkje lenger noko litande apparat. Det syner seg gong på gong, at den let seg påverka i ein eller annan retning, alt etter som skriket gjeng til. [...] Det vert meir eller mindre komedie av heile vårt rettsvern. Og det er undarleg, at ein so lovlydig og rettskjar nation som vår verkeleg er god til å tola og finna seg i slike rettskrønkingar, som ein no gong på gong vert vitne til. *Vinstre bør taka jurylovi upp til revision*, og kravet må koma frå *folket*, som er dei, som lid mest.²⁰

Resultatet ble følgende endring (uthevet av oss) i den eksisterende hjemmelen for tilsidesettelse av *fellende* lagrettekjennelse i straffeprosessloven § 358:²¹

Kommer retten til den overbevisning at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis for at tiltalte er skyldig i overensstemmelse med lagrettens kjendelse, kan den beslutte at saken skal behandles på ny på et senere lagmannsting for andre dommere og andre lagrettemenn. *Det samme gjelder dersom tiltalte er kjent ikke å være skyldig i en straffbar handling som han er tiltalt for, men retten finner det utvilsomt at han er skyldig.*

Retten treffer beslutningen av eget tiltak, uten at partene har adgang til å uttale sig. [...]

Om kriteriene for tilsidesettelse het det:

¹⁶ Egge [1981].

¹⁷ Backer [1984].

¹⁸ Samtidig trakk regjeringen mer radikale forslag fra regjeringen Hundseid. Fremsatt: Ot prp nr 60 (1933) *Om forandringer i straffeprosessloven og domstolsloven*; trukket: Ot prp nr 26 (1933) *Om forandringer i straffeprosessloven m.v.* og Ot prp nr 39 (1933) *Om forandringer i domstolsloven*.

¹⁹ Ot prp nr 60 (1933), 1. spalte s. 1.

²⁰ Innst O nr 8 (1933) *Innstilling fra justiskomiteen om forandringer i straffeprosessloven og domstolsloven* (1. spalte s. 6), sitert fra fra Ot prp nr 26 (1933). Sitatet skriver seg visstnok fra stortingsmann Skår i *Hordalands Folkeblad* i 1922. Matningsdal [1998] antyder at frifinnelsen av Arnulf Øverland for blasfemi i foredraget ”Kris-tendommen – den tiende landeplage” kan ha vært medvirkende til reformen.

²¹ Adgang til tilsidesettelse av fellende kjennelse var ”[o]veralt anerkjendt” og fantes i loven fra 1887 (s. 83—85 i *Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager med Motiver* (Kristiania 1886) som er vedlagt og i hovedsak lagt til grunn for Ot prp nr 1 (1887) *Angaaende Udferdigelse af en Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager*). Strprl. 1887 ga under alminnelig krav til stemmeflerhet i § 357(2) ga adgang til direkte avsigelse av frifinnelsesdom av rettsgrunner, og i § 358(1), 1. punktum adgang til å beslutte ny jurybehandling i lagmannsretten på grunnlag av bevisbedømmelsen. (Vi er usikre på hvor representativ den siste løsningen er (”overalt”): I mange prosessordninger med jury kan fagdommerne avsi frifinnelsesdom også på grunnlag av bevisbedømmelsen.)

Retten må finne det utvilsomt at tiltalte er skyldig. Bestemmelsen vil således i virkeligheten være begrenset til de tilfelle hvor lagretten har vist grov uforstand eller handlet i strid med sine plikter om å dømme efter loven og sakens beviseligheter. Derimot bør man neppe foreskrive at beslutningen må være enstemmig. Det kan tenkes at alle 3 medlemmer av retten er enig om at lagrettekjennelsen er uriktig, men at en av dem ikke finner tilstrekkelig grunn til å beslutte ny behandling. At rettens beslutning ikke blir enstemmig, vil visstnok som regel være en sterk nok grunn til at flertallet frafaller å beslutte ny behandling av saken.²²

Departementet understreket med tilslutning av Justiskomiteen at ordningen ville ”skjerp[e] lagrettemennenes ansvarsfølelse” og at den ikke var i strid med ”juryprinsippet” fordi det ”går ut på at ingen blir straff-felt uten at en jury har kjent ham skyldig. Men om retten tilsidesetter en frifinnende kjennelse vil ikke dette si at tiltalte kjennes skyldig, men at spørsmålet herom avgjøres av en ny *lagrette*.”²³ Forøvrig bemerket Komiteen at ”der selvsagt vil kreves sterke grunner til at retten tilsidesetter en frifinnende lagrettekjennelse.”

Frem til 1990 ble det trukket en ny jury etter tilsidesettelse av både frifinnende og fellende kjennelse. Vi antar at prosessordningen frem til 1990 åpnet for et i prinsippet *ubegrenset antall prøvinger av realiteten* (bevisbedømmelsen) som illustrert og drøftet i tilknytning til figur 7.1 i avsnitt 7.6 nedenfor.

Spørsmålet om antallet prøvinger av realiteten er såvidt vites kun omtalt i Skeie [1939], som uten en nærmere begrunnelse påstår at retten ikke kan ”foreskrive en ny, tredje behandling” (s. 412).²⁴

Det heter i strprl. 1887 § 359(1) 1. punktum: ”Kommer Retten ved den nye Behandling enstemmig til den Overbevisning, at Beviset er utilstrækkeligt til tiltaltes Fældelse, afsiger den Frifindelsesdom” (vår understrekning).²⁵

Under disse betingelsene fikk følgende retten i prosess nummer to *direkte* (det vil si uavhengig av juryens kjennelse i prosess nummer to) en kompetanse som den ikke hadde i prosess nummer én, nemlig til avgjørelse av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet (kombinert med *plikt* til utøvelse av kompetansen under innstegsbetingelsene).²⁶ Dette stoppet sekvensen av avgjørelser til gunst for tiltalte

²² Ot prp nr 60 (1933), 1. spalte s. 4.

²³ Innst O nr 8 (1933), 1. spalte s. 9.

²⁴ Hagerup [1905] skriver om tilsidesettelsesmekanismen for fellende kjennelser under, henvisning til rettens kompetanse under enstemmighet som blir drøftet rett nedenfor, at ”de love, der har lignende regler om ny behandling som straffeprosessloven, erklærer den under sistnevnte afgivne jurykjendelse for endelig og bindende for retten. Paa dette punkt er imidlertid vor lov [...] gaaet videre i at indrømme retten indflydelse på bevisbedømmelsen” (s. 209).

²⁵ Annet punktum gjelder rettsgrunner (også kalt ”delvis tilsidesettelse” av Hagerup [1905] s. 204).

²⁶ Vi legger til grunn strukturering av kompetansenorbegrepet som i Eng [1990]; se tilsvarende avsnitt 2.2 nedenfor.

(rettens bevisbedømmelse kunne ikke overprøves av Høyesterett), se de stiplede linjene ut fra jury-nodene i figur 7.1 nedenfor.

Etter en fellende kjennelse i prosess nummer to måtte imidlertid retten kunne beslutte tilsidesettelse når betingelsene i § 358(1) 1. punktum var oppfylt: Det er ingen holdepunkter i loven for en innskrenkende tolkning til tiltaltes ugunst. Eksistensen av beskyttelsen i § 359(1) 1. punktum taler, om noe, for denne løsningen. Det samme gjelder beskyttelsen i § 359(2) ("Når den nye behandling av saken er besluttet etter § 358, første punktum, kan i den nye sak ikkje noget spørsmål, som sikter på en strengere straff enn tiltalte vilde være blitt idømt dersom den første lagrettekjennelse var tatt for gyldig, forelegges lagretten, med mindre vilkårene for gjenoptagelse foreligger.") Denne muligheten for lengre sekvenser av avgjørelser var entydig til gunst for tiltalte, fordi det i hvert ytterligere trinn (prosess) forelå mulighet for (endelig) frifinnelse under konstant eller monotont avtagende risiko med hensyn til følger av en fellende kjennelse.

Etter tilsidesettelse av *frifinnende* jurykjennelse, må retten under 1933-ordningen i prosess nummer to kunnet avsi frifinnelsesdom direkte etter § 359(1) 1. punktum. I prosess nummer to ble tiltalte imidlertid ikkje gitt beskyttelsen i § 359(2).²⁷ Etter at juryens kjennelse i prosess nummer to var avsagt, måtte retten (ved siden av å avsi dom i overensstemmelse med kjennelsen) ha kompetanse til:

- å tilsidesette en fellende kjennelse etter § 358(1) 1. punktum.²⁸
- å tilsidesette en frifinnende kjennelse etter § 358(1) 2. punktum.

Muligheten for tilsidesettelse av fellende og frifinnende kjennelser i mange ledd skapte en kompleks avgjørelsesmekanisme, med tildels vilkårlige virkninger. Se i og ved figur 7.1 i avsnitt 7.6 nedenfor.

I 1969 ga Straffeprosesslovkomitéen som prinsippal anbefaling at lagmannsretten skulle settes som en stor meddomsrett.²⁹ Komitéen ville beholde ordningen med at de mest alvorlige sakene skulle gå direkte for lagmannsrett i første instans, mens de øvrige skulle starte i herreds- eller byrett. Lagmannsrettens avgjørelse av bevisbedømmelsen skulle forbli endelig, men kunne i de mindre alvorlige sakene fremdeles prøves i to omganger i såkalt fornyet behandling (med krav om samtykke fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i visse saker). Ifølge flertallet ga det å ha samme type beslutningsmekanisme i begge instanser (hhv. liten og stor meddomsrett) "mer enhet og konsekvens over domstolsystemet."³⁰ Fordi Justisdepartementet og Stortinget ønsket å beholde jury-ordningen både ved første gangs og fornyet behandling ved

²⁷ Det samme gjelder det gjeldende tilsidesettelsesregimet og er på dramatisk vis illustrert av dommen i Rt 2009 s. 130 (se avsnitt 1.1 ovenfor).

²⁸ En fellende kjennelse måtte fagdommerne også kunne "delvis tilsidesette" under betingelsene i § 359(1) 2. punktum.

²⁹ *Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen* (Oslo 1969).

³⁰ 1. spalte s. 84.

lagmannsrett, nøyer vi oss med denne korte redegjørelsen for Straffeprosesslovkomitéens omfattende forslag.³¹

Som en sentral begrunnelse for juryordningen fremhevet Justiskomiteén:

Risikoen for uriktige avgjørelser vil være til stede under enhver prosessordning. At det med de saksbehandlingsregler som det er spørsmål om under en juryordning, skulle være noen nevneverdig fare for uriktige avgjørelser, kan vanskelig påvises. For straffesaker må den rette problemstilling for øvrig være, ikke hvilken ordning som generelt gir den største sikkerhet for riktige avgjørelser, men hvilken ordning som gir den største sikkerhet mot uriktige fellelser [...] Departementet finner det riktig å legge en viss vekt på at det [...] er en ganske utbredt oppfatning at juryordningen, slik den er utviklet hos oss, gir en sterkere garanti mot uriktige fellelser enn en meddomsrettsordning.³²

Hjemmelen for tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse ble likevel videreført i strprl. 1981 § 328.³³

Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, men retten finner det utvilsomt at han er skyldig, kan den med enstemmighet beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere og andre lagrettemenn. [---]

I Straffeprosesslovkomitéens (subsidiære) forslag til tilsidesettelseshjemmel var kravet til ”utvilsomt” fjernet fordi det ”kreves i stedet enstemmighet, idet utvilsomhet under dissens ikke harmonerer godt” og ”i kravet om at retten skal finne tiltalte skyldig, ligger at det ikke må være rimelig grunnlag for tvil, og noe ytterligere krav finner man ikke grunn til å stille.”³⁴ Departementet ønsket imidlertid å opprettholde kravet og påpekte at ”lagretten har det prinsipielle ansvar for bevisbedømmelsen, og at retten ikke er forpliktet til å sette kjennelsen til side i alle tilfelle hvor den selv ville ha kommet til et annet resultat.”³⁵

I 1989 foreslo Justisdepartementet at alle saker som kom til fornyet behandling skulle behandles av lagmannsretten satt som meddomsrett. Samtidig skulle antallet fag- og lekdommere i meddomsretten reduseres fra henholdsvis tre til to og fire til tre, og voterings-

³¹ Henholdsvis Ot prp nr 35 (1978—79) *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)* og Innst O nr 37 (1980—81) *Innstilling frå justiskomiteén om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)*.

³² Innst O nr 37 (1980—81), s. 4—5 (sitat fra Ot prp nr 35 (1978—79)).

³³ I kraft 1. januar 1986.

³⁴ Straffeprosesslovkomitéen, 2. spalte s. 384 (utkast til § 23).

³⁵ Ot prp nr 35 (1978—79), 1. spalte s. 221.

regelen endres fra et krav om fem eller flere for domfellelse til tre eller flere.³⁶ Disse forslagene var Justiskomiteén enig i, og de ble gjennomført i loven.³⁷

Departementet foreslo ingen endringer i regimet for tilsidesettelse av lagrettekjennelser. I Stortinget het det imidlertid:

Flertallet finner det naturlig også å la saker som behandles på nytt i lagmannsretten etter straffeprosesslovens § 328 [...] gå for meddomsrett. Dette er saker som allerede er behandlet av lagmannsretten og hvor opphevelsen av juryens kjennelse trekker i retning av at saken egner seg bedre for meddomsrett. [...] Endringen er foretatt i samråd med departementet. *Komiteen* er enig i forslaget om å redusere antallet dommere i lagmannsretten når den settes som meddomsrett, slik at det blir to fagdommere og tre lekdommere. *Komiteen* mener dette er en fullt ut betryggende ordning, samtidig som det vil effektivisere arbeidet [...].³⁸

Hylland [1990b] fremhever at disse viktige lovendringene, som også reduserte antallet saker til behandling med lagrette, skjedd under misvisende saksoverskrifter og uten noen særlig offentlig debatt. Forslaget om meddomsrett etter tilsidesettelse først kom opp i Stortinget. Det hadde dermed heller ikke vært ute til høring. Hylland påviser også et lite betryggende møteopplegg i Stortinget.

Lovendringen, som trådte i kraft 1. januar 1990, medførte at avgjørelsesmekanismen etter tilsidesettelse ble en ”krympet” meddomsrett som nettopp beskrevet.

I 1992 foreslo To-instansutvalget prinsipalt avskaffelse av juryordningen og at lagmannsretten som meddomsrett igjen skulle settes med tre fagdommere og fire lekdommere, med krav til fem eller flere stemmer for domfellelse.³⁹ Det ble utformet et subsidiært lovutkast basert på mindretallets forslag om at juryordningen skulle opprettholdes i de mest alvorlige straffesakene i annen instans. I det subsidiære lovutkastet ble opprettholdelse av en tilsidesettelsesordning for jurykjennelser foreslått videreført uten diskusjon. Basert på mindretallets syn ble det subsidiære lovutkastet utformet med juryen som beslutningsmekanisme etter tilsidesettelse da ”endringen som skjedd på dette punkt i 1989 er kunstig.” Flertallet fant

³⁶ Ot prp nr 79 (1988—89) *Om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m m (skjerpete strafferammer for voldsforbrytelser, straff for innførsel av pornografi, styrking av domstolenes fagkyndighet i saker om økonomisk kriminalitet, raskere behandling av straffesaker m m)*.

³⁷ Innst O nr 106 (1988—89) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m m (skjerpete strafferammer for voldsforbrytelser, straff for innførsel av pornografi, styrking av domstolenes fagkyndighet i saker om økonomisk kriminalitet, raskere behandling av straffesaker m m)*.

³⁸ Innst O nr 106 (1988—89), s. 5.

³⁹ NOU 1992: 28 *To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker*, særlig s. 57—60.

spørsmålet vanskelig. Ut fra det utgangspunkt flertallet har, at en ordning med meddomsrett gir den mest tilfredsstillende saksbehandling, bør den nye behandling etter tilsidesettelse av lagrettens kjennelse finne sted for meddomsrett. På den annen side innsier flertallet at dersom man tar det motsatte utgangspunkt, og mener juryordningen er å foretrekke i de alvorligste sakene, kan det synes mindre konsekvent å gå over til meddomsrett etter tilsidesettelse.⁴⁰

To-instansutvalget oppfattet tilsidesettelseskriteriene som i Ot prp nr 35 (1978–79).⁴¹

Justisdepartementet og Justiskomiteen var enig i at meddomsretten igjen skulle settes med tre fagdommere og fire lekdommere under viteringsregelen på fem eller flere for domfellelse.⁴² I jury-spørsmålet fulgte Departementet mindretallet i Utvalget. Tilsidesettelsesordningen for jurykjennelser ble som sådanne ikke drøftet, og det ble ”ikke foreslått realitetsendringer i forhold til gjeldende rett” hva gjelder tilsidesettelseskriteriene.⁴³ Med hensyn til avgjørelsesmekanismen etter tilsidesettelse ville man ”ikke nå foreslå å gjeninnføre ordningen som som gjaldt før lovendringen i 1989” fordi ”reglene ble endret så sent som i 1989 etter initiativ fra justiskomiteen.”⁴⁴ Justiskomiteen hadde ingen nærmere merknader til lovutkastet, som er identisk med gjeldende § 376a.⁴⁵

I figur 2.1 har vi for senere referanse oppsummert utviklingen i tilsidesettelsesmekanismen for frifinnende kjennelse.⁴⁶ Fylte sirkler betegner en fagdommers slutning av straffeskyld under lovens krav (en åpen sirkel det motsatte). Viteringkrav for tilsidesettelse er angitt med sirklene. *J* betegner jury, *M* og \tilde{M} meddomsretter. *F* og *L* betegner henholdsvis fag- og lekdommere. Sammensetningen av kollektivene fremgår av figuren, med viteringskrav for domfellelse i parentes.

⁴⁰ NOU 1992: 28 1. spalte s. 160.

⁴¹ NOU 1992: 28 s. 83.

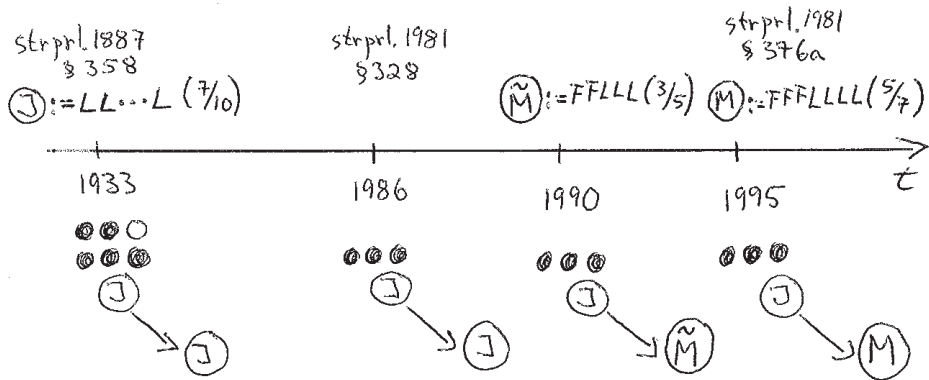
⁴² Henholdsvis Ot prp nr 78 (1992–93) *Om lov om endringer i straffeprosessloven m v (to-instansbehandling, anke og juryordning)* og Innst O nr 137 (1992–93) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven m. v. (to-instansbehandling, anke og juryordning)*. Endring ved lov 80/1993, i kraft 1. august 1995.

⁴³ Ot prp nr 78 (1992–93), 2. spalte s. 92.

⁴⁴ Ot prp nr 78 (1992–93), 2. spalte s. 56.

⁴⁵ ”Flertallet støtter departementet i at spionsaker [...] skal behandles med meddomsrett. Flertallet viser til at det samme må gjelde de saker som behandles på nytt for lagmannsretten etter at fagdommerne har satt juryens kjennelse til side” (Innst O nr 137 (1992–93), 2. spalte s. 9).

⁴⁶ Vi abstraherer fra vedtaksførhetsregler, se kapittel 4 nedenfor.



Figur 2.1 Tidslinje: tilsidesettelsesmekanismen for frifinnende lagrettekjennelse

I mai 2010 oppnevnte Justisdepartementet et lovutvalg som skulle vurdere juryordningen særlig under henvisning til spørsmålet om begrunnelse av lagrettens kjennelser.⁴⁷ Mandatet nevner ikke § 376a.

2.2 Kriterier for tilsidesettelse: kompetansespørsmålet

En *nødvendig* betingelse for at retten skal ha kompetanse til å sette en frifinnende lagrettekjennelse til side etter § 376a, er at retten (de tre fagdommerne) *enstemmig* finner tiltalte skyldig under ordinære beviskrav.⁴⁸ Betingelsen er trolig ikke *tilstrekkelig*: dette er et spørsmål om tolkning av ”men retten finner det utvilsomt at [tiltalte] er skyldig” og av ”kan” samme sted.

Etter gjeldende rett synes det uklart om ”utvilsomt” og ”kan” retter seg til kollektivet som sådant, eller til den enkelte bevisbedømmer. Vi antar blant annet på grunn av den enstemmige kjennelsen i Rt 2007 s. 230 at ”utvilsomhet” knytter seg til kriterier for tilsidesettelseskompetanse og at ”kan” gjelder regulering av en gitt kompetanse.⁴⁹

I kjennelsen heter det at ”[f]orarbeidene til [strprl. 1887 § 358(1) 2. punktum og strprl. 1981 § 328] kaster etter utvalgets oppfatning ikke lys over spørsmålet om adgangen til å sette til side et benektende svar skal være snevrere enn det loven gir direkte uttrykk for. Slik straffeprosessloven § 376a lyder, er det eneste vilkår som oppstilles for å kunne sette et benektende svar fra lagretten til side, at lagmanns-

⁴⁷ Pressemelding nr. 59, 21. mai 2010.

⁴⁸ Domstl. § 12(1), 1. punktum og strprl. § 376a(1), 1. punktum.

⁴⁹ Vi forstår kompetansebegrepet som fastlagt i Eng [1990].

retten enstemmig finner det utvilsomt at tiltalte er skyldig. Det følger videre av bestemmelsen at lagmannsretten i et slikt tilfelle står fritt” (avsnitt 26—27).

Kravet om utvilsomhet ble innført i strprl. 1887 § 358, som tillot tilsidesettelse under alminnelig flertall. I en slik situasjon må kravet, anses rettet til den individuelle bevisbedømmer (Straffeprosesskomitéen bemerket at ”utvilsomhet under dissens ikke harmonerer godt”, se ovenfor.) Denne tolkningen gir størst sikkerhet for tiltalte, samtidig som det fremgår av forarbeidene at ”utvilsomt” ble ønsket beholdt av hensyn til tiltalte ved overgangen til enstemmighet i 1986.⁵⁰ Vi antar følgelig at kravet om ”utvilsomhet” er rettet til den enkelte bevisbedømmer, og at det kan være strengere enn et ”ordinært” beviskrav.⁵¹

Gitt at terskelkriteriene for tilsidesettelse er oppfylt, har da retten *plikt* til å bruke kompetansen? Den alminnelige oppfatningen er en slik plikt ikke foreligger, og må etter Rt. 2007 s. 230 trolig antas som gjeldende rett.⁵²

Merk likevel at Justisdepartementet i forarbeidene til § 328 i begrunnelsen for kravet om utvilsomhet i tillegg til enstemmighet, fremhevet at ”retten ikke er forpliktet til å sette kjennelsen til side i alle tilfelle hvor den selv ville kommet til et annet resultat” (se ovenfor). Dette skulle bety at retten i noen tilfeller har plikt til tilsidesettelse.

Ved innføringen av tilsidesettelseshjemmelen i 1933 ble det fremhevet at juryen (”alt etter som skriket gjeng til”) ikke kan frifinne i strid med loven: den har ikke såkalt ”nullification right” (avsnitt 7.5.2 nedenfor). Hvis retten ikke har plikt til tilsidesettelse under de særlige innstegsbetingelsene i § 376a, gis fagdommerne en særlig skarp ”nullification right”. Et overraskende obiter i plenumsdommen Rt 2009

⁵⁰ Som nevnt ovenfor, foreslo Straffeprosesskomitéen kravet til utvilsomhet erstattet med enstemmighet. Justisdepartementet insisterte likevel på opprettholdelse av utvilsomhetskravet under enstemmighet i strprl. 1981 § 328, men med en argumentasjon som er uklar med hensyn til om kravet gjelder kriterier for kompetanse eller utøvelse. En intensjon om beskyttelse av tiltalte er likevel klar. (Spørsmålet er ikke underkastet en selvstendig drøftelse under senere reformer.)

⁵¹ I Rt 2007 s. 1723 opphevet Kjæremålsutvalget en beslutning i Gulating lagmannsrett om etter § 376a(2) å sette tilside en frifinnende lagrettekjennelse for en medtiltalt som retten ikke hadde funnet at var ”utvilsomt” skyldig. Denne utvidelsen av virkeområdet for tilsidesettelseshjemmelen kunne ikke forsvares på grunnlag av ”sammenheng med forhold som en annen tiltalt utvilsomt er skyldig i” (avsnitt 20).

Twistemålsutvalget omtaler kravet til ”utvilsomt” i strprl. § 376a som det samme som kravet i (utk.) tvl. § 2-2(5) om avvisning av saker ved misbruk av rettsapparatet, som må forbeholdes ”de ekstreme tilfellene” (NOU 2001: 32B *Retten på sak: lov om tvisteløsning (tvisteloven)*, I. spalte s. 661).

Bjerke & Keiserud [2001b] legger til grunn et skjerpet beviskrav for den enkelte fagdommer og at det i tillegg til slik enstemmighet gjelder et selvstendig krav om *enighet* om tilsidesettelse (s. 1180). Det siste tolker vi ikke som et spørsmål om kompetanse foreligger, men om den skal utøves (se rett nedenfor).

Analytisk håndteres både krav rettet mot den enkelte bevisbedømmer og mot kollektivet som sådant som drøftet i avsnitt 5.4 nedenfor.

⁵² Se også Bjerke & Keiserud [2001b] s. 1180, Rt. 1999 s. 1021 (s. 1025), Rt. 1999 s. 1053 (s. 1055).

s. 750 utvider fagdommernes ansvar for realitetsavgjørelsen (riktignok motivert av hensynet til tiltaltes beskyttelse). Utfra symmetribetraktninger kan dette til si plikt til tilsidesettelse.

Med hensyn til forståelsen av (eventuelle) diskresjonære komponenter i reguleringen av kompetanseposisjonen, må det internrettslig være ønskelig å ta hensyn til innvendinger som på folkerettslig grunnlag kan reises mot § 376a.

En streng tolkning av kriteriene for tilsidesettelse løser imidlertid ikke problemet med tilsidesettelseshjemmelen og reguleringen av kompetanseposisjonen: den kan kun få fremoverskuende virkning (kapittel 8 nedenfor).

2.3 Utøvelse av tilsidesettelseskompetansen

Rettens *beslutning* om tilsidesettelse krever etter straffeprosesslovens system ingen begrunnelse, §§ 376a(3), 1. punktum og 53 samt Rt. 2007 s. 230 avsnitt 16—19 (bestemmelsene forstås imidlertid som at beslutningen må opplyse om at vilkårene for tilsidesettelse er til stede, Bjerke & Keiserud [2001b] s. 1181).

Menneskerettskomitéens uttalelse i sak mot Norge i den såkalte *Restauratørsaken*, som fastslo at SP art. 14(5) krever begrunnelse av ankenektelse (”siling”) etter strprl. § 321(2), 1. punktum, kan imidlertid tilsi et folkerettslig krav til begrunnelse.⁵³ Som særskilte argumenter i den foreliggende problemstillingen nevnes stikkordmessig hensynet til kontradiksjon (avdempning av det ”signal” om skyld tilsidesettelsesbeslutningen sender til meddomsretten, avsnitt 7.4 nedenfor) og at det gjelder saker med en strafferamme som gjør at anke ikke ville kunne nektes fremmet (§§ 352 og 321(3)). På grunn av lav frekvens, ville begrunnelsesplikt ved tilsidesettelse ikke utløse samme ressurskrav som ved siling. På grunn av hovedkonklusjonen om folkerettsbrudd, drøftes ikke denne problemstillingen i detalj.

Det bemerkes likevel fra et internrettslig perspektiv at Høyesterett i storkammerdommen i Rt. 2008 s. 1764 (*Restauratørsaken*) fremhevet ikke bare effektiviteten i ankeretten, men også *etterprøvbareheten*.⁵⁴ Som fremhevet i dommen har Høyesterett også i andre sammenhenger konkret krevet begrunnelse av beslutninger.⁵⁵ Det kan også vises til plenumsdommen i Rt. 2009 s. 750 (særlig avsnitt 35 om begrunnelse og sikring av ”en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøving og en effektiv rett til overprøving”), som i dissensdommen Rt 2009 s. 1439 tolkes som at bevisvurderingen under skyldspørsmålet i visse tilfelle

⁵³ Uttalelse av 17. juli 2008 (Communication No. 1542/2007).

⁵⁴ Om ankerett, se særlig avsnitt 90 jfr 96 og avsnitt 7.2 i Communication No. 1542/2007. Om etterprøvbarehet, se avsnitt 91 jfr særlig 96.

⁵⁵ Avsnitt 56.

skal begrunnes. I Rt 2010 s. 865 er dette nærmere presisert som at begrunnelsen i tilfelle skal gis av de tre fagdommerne i forbindelse med den påkrevde vurderingen av spørsmålet om tilsidesettelse etter § 376c.⁵⁶ Likevel avviste ankeutvalget enstemmig begrunnelseskrav for tilsidesettelse av frifinnende kjennelse i Rt. 2010 s. 606.⁵⁷ Det må derfor internrettslig legges til grunn som gjeldende rett at tilsidesettelse av frifinnende kjennelse ikke skal begrunnes.

En beslutning om tilsidesettelse vil kunne omgjøres.⁵⁸ Etter tilsidesettelse står saken prosessuelt i trinn to som den stod før ankeforhandlingen i trinn én.⁵⁹

3. Opptakt: Straffesaker i et beslutningsteoretisk perspektiv

3.1 Straffekrav og hypotesetesting Equation Section 3

I beslutningsteoretiske termer kan straffeprosess betraktes som et regime der en såkalt nullhypotese, benevnt H_0 , testes mot en alternativ hypotese H_A :

H_0 : "Tiltalte er uskyldig."

H_A : "Tiltalte er skyldig (oppfyller alle rettslige krav til domfellelse)."

Som illustrert i tabell 3.1, kan det ved testing av hypoteser begås to typer feil: H_0 forkastes når den er sann (domfellelse av en rettslig uskyldig tiltalt), eller den forkastes ikke når den alternative hypotesen er sann (frifinnelse av en domfellbar tiltalt). Dette omtales som henholdsvis type I og type II feil.

Tabell 3.1. Beslutningsmatrise

beslutning	virkelig tilstand	
	H_0	H_A
forkast H_0	feil type I	korrekt
ikke forkast H_0	korrekt	feil type II

⁵⁶ Rt. 2011 s. 172 avsnitt 30 gir en presis oppsummering av rettsstilstanden.

⁵⁷ Avgjørelsen kommenteres i avsnitt 7.4 nedenfor.

⁵⁸ Se nærmere Bjerke & Keiserud [2001b] s. 1180.

⁵⁹ Andenæs [2000b] s. 63—64.

Utforming av et hypotesetestingsregime må bero på mange av de samme typene vurderinger i rettslige som i vitenskapelige sammenhenger. Men ved avgjørelsen av straffekravs faktiske side – det vil si for organer som avgjør skyldspørsmålet med endelig virkning i en forstand som blir presisert i avsnitt 7.2 nedenfor – gjelder at:

1. Kontrollen med feil fastlegges ikke direkte, men bestemmes som en konsekvens av regler om bevis, herunder beviskravregler
2. Beviskravreglene er instruksjer til den enkelte bevisbedømmer.⁶⁰ Spørsmålet om H_0 skal forkastes eller ikke blir imidlertid avgjort i kollektive organer som definert i prosesslovene. Variasjonen i det absolutte antallet bevisbedømmere, aggregeringsregler (voteringsregime og stemmekrav for forkastelse av H_0), samt eventuelt også fordeling mellom lek- og fagdommere, kompliserer dermed ytterligere spørsmålet om kontrollen med feil
3. Egenskaper ved begreper i straffebud – at rettsnormer (lokalt) kan ha en ikke-determinativ struktur – gjør at det typisk (om enn ikke definatorisk) er problematisk å snakke om et ”ytre” eller et ”eksogent” gitt holdbarhetskriterium hva gjelder H_0 og H_A og dermed om type I eller type II *feil* foreligger

For å kunne håndtere disse problemstillingene, abstraheres fra adferd på nivået for den enkelte bevisbedømmer, herunder i beslutningsmekanismene. Analysen fokuserer hvordan sannsynligheten for domfellelse varierer mellom kollektivmekanismene som en funksjon av detaljerte aspekter ved de konstituerende prosessreglene på tvers av alle sakstyper som kan komme til pådømmelse i kollektivene.

Vi skal innføre en definisjon av straffeskyld (et eksternt evalueringskriterium) som til tross for mulig vaghet i begreper i materielle rettsnormer (herunder beviskravregler), gjør det mulig å snakke om type I og type II *feil* i sammenheng med utformingen av beslutningsmekanismene.⁶¹ Risiko for type I feil danner en bro til drøftelsen av folkerettslige krav til prosessordningen.⁶²

⁶⁰ Fordi domstolen selv har ansvaret for saksopplysning (strprl. § 294) brukes her betegnelsen beviskrav fremfor bevisbyrde osv. Opsahl [1982] foreslår utfra en tilsvarende betraktning å bruke betegnelsen tvilsrisiko (n. 31 s. 503).

⁶¹ En avveining mellom type I og type II feil uttrykkes ofte i rettslitteratur i form av en ”Blackstoniansk brøk” av typen ”bedre ti skyldige går fri enn én uskyldig dømmes” e.l., men uten at det innføres en definisjon av straffeskyld under usikkerhet!

3.2 Straffekrav i kollektive organer. Evalueringskriterier

I avsnitt 3.2.1 studeres sammenhengen mellom kollektivorgan og avgjørelsen av straffekrav. Vi forklarer modellforutsetninger og den selvstendige betydningen av antallet bevisbedømmere og voteringsregler i konteksten av enklere mekanismer enn de som kommer til anvendelse ved avgjørelse av straffekrav etter straffeprosessloven kapittel 24.

I avsnitt 3.2.2 motiveres og fastlegges definisjonen av straffeskyld, og vi karakteriserer egenskapene til beslutningsmekanismene gjennom en analyse av type I og type II feil. Vi viser at sannsynligheten for begge typer feil kan reduseres ved en økning i kollektivstørrelse og anskueliggjør bruken av supermajoritetskrav i straffesaker i ”små” kollektiver.

I avsnitt 3.2.3 forklares betydningen av at bevisbedømmere trekkes fra små populasjoner. Det medfører en form for ”mekanisk” avhengighet. Den kvantitative betydningen for dobbeltprosessmekanismen er kartlagt i appendiks C.

3.2.1 Bevisbedømmere trekkes fra store populasjoner

Det forutsetter en gitt referansepopulasjon av N mulige bevisbedømmere. I kapittel 5 nedenfor knyttes populasjonen til prosesslovene, og splittes i delmengder av henholdsvis leddommere og jurymedlemmer på den ene siden og fagdommere på den andre. Foreløpig ses det imidlertid bort fra denne komplikasjonen.

Rettslige beslutningsmekanismer kommer til anvendelse i en rekke forskjellige saker. En sak defineres som en konstellasjon av fakta og materielle rettsnormer, herunder bevis- og beviskravsregler. En sak representerer et individuelt rettsspørsmål som domstolene må ta stilling til. Det gjøres ingen antagelser om hva slags saker som kommer til pådømmelse.

Vi gjør det tankeeksperiment at de forskjellige sakene – konstellasjonene av rettsnormer og fakta – fremlegges for hele populasjonen av potensielle bevisbedømmere. Disse tenkes å ta stilling til skyldspørsmålet *som om* de hadde blitt trukket til å avgjøre skyldspørs-

Se Volokh [1997] for en kartlegging av denne typen maksimer. Storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1861 avsnitt 37–40 gir et eksempel på overgang fra en beviskravvurdering til en slik betraktning.

I ”klassisk” hypotesetesting kontrolleres sannsynligheten for type I feil direkte gjennom fastleggelse av det som kalles testens signifikansnivå (utledning av sannsynlighet for observasjoner gitt at H_0 er sann). Informasjon på slik form vil ofte inngå i vitenskapelig bevismateriale (se Larsen & Marx [1986] kapittel 6 eller Bartoszynski & Niewiadomska-Bugaj [1996] kapittel 13 om denne formen for hypotesprøving). Avgjørelsesprosessen på nivået for den enkelte bevisbedømmer i en rettsak formuleres trolig best i Bayesianske termer, se avsnitt 10.2.1 og appendiks A nedenfor.

⁶² Den innførte definisjonen av strafferettslig skyld er ikke nødvendig for hovedkonklusjonene om prosessordningen. Så lenge det er en positiv sammenheng mellom de parameterverdier som innføres og et underliggende fastlagt begrep om skyld, kan det slutes at økt sannsynlighet for domfellelse i kollektivorganene vil måtte medføre økt risiko for type I feil (se Penrod & Hastie [1979]).

målet i de mekanismene som prosesslovene definerer. Denne forutsetningen gjør det mulig å isolere effekten av kollektivstørrelse og voteringsregler.⁶³

En fasholdt forutsetning er at de materielle rettsnormene (herunder bevis- og beviskravregler) som måtte komme til anvendelse, og de bevis som måtte bli produsert og fremlagt, ikke varierer *mellom* beslutningsmekanismene.⁶⁴

I figur 3.2 betegnes en potensiell bevisbedømmer som gitt tilgjengelig felles informasjon og rettsnormer slutter straffeskyld med en fylt sirkel. En bevisbedømmer som ikke slutter straffeskyld, betegnes med en åpen sirkel. Muligheten for en delt populasjon (at det ikke er enighet om skyldspørsmålet) kan skyldes forskjeller mellom bevisbedømmerne både i vurderingen av bevis og rettsnormer (herunder beviskravregler). Antallet som slutter straffeskyld betegnes \bar{N} . De resterende $N - \bar{N}$ som ikke slutter straffeskyld, ”frifinner” (se om språkbruken i avsnitt 3.3 nedenfor).

I definisjonen av \bar{N} forutsettes at alle potensielle bevisbedømmere individuelt tar stilling til alle betingelsene for straff i den aktuelle materielle rettsnormen. Det forutsettes at voteringsregimet *i* de rettslige beslutningsmekanismene er slik at den enkelte bevisbedømmer stemmer direkte over skyldspørsmålet.

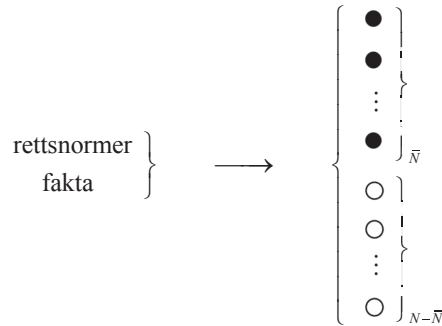
Bevisbedømmerne kan ha forskjellige egenskaper i betydningen preferanser, kognitiv evne osv. De kan oppfatte antatte fakta og straffebud på forskjellig måte.

Definisjonen av straffeskyld påkaller avklaring når den relateres til kollektiver eller populasjoner av bevisbedømmere. ”For straffeprocessens vedkommende hævdes det derimod af alle Forfattere og Love i Nyere Tid, at de enkelte Strafeskyltsmomenter ikke bør sættes hver for sig til Afstemning, men at det Spørgsmaal maa afgjøres under Et, om en enkelt Person for en enkelt Forbrydelse (dette sidste Begreps Anvendelse støder dog idelig paa Vanskeligheder!) er skyldig til Straf, eller som vi i Konsekvens af den af os hævdede Lære om Afstemning efter Grunde hellere vilde udtrykke det: om Komplexet af de Strafeskylten begrundende Momenter fuldstændig er til Stede” (Heckscher [1892] s. 179). Vi legger denne oppfatning til grunn både for referansepopulasjonen og i kollektivmekanismene. I kollektivmekanismene kan forutsetningen betegnes som et utfallsbasert voteringsregime.

⁶³ Se Edelman [2002] for en generell beskrivelse av en slik innfallsvinkel (”the polling model”).

⁶⁴ Se Hov [2010] avsnitt 55.5.2 om det faktiske grunnlaget for beslutningene (”det formelle avgjørelsesgrunnlaget”).

Reguleringen av spørsmålene til juryen i strprl. § 33 jfr §§ 365—366 sikrer utfallsbasert votering. Vi skal forusette at det samme gjelder meddomsretter og fagdommernes tilsidesettelsesbeslutning, selv om voteringsregimet i disse kollektivene ikke er formelt regulert på samme måte (Nordén 2012b).



Figur 3.1 Populasjonen av potensielle bevisbedømmere

Under variasjon i sakene som kommer for domstolene (rettsnormer og fakta) vil andelen i populasjonen av potensielle bevisbedømmere som slutter straffeskyld, $\frac{\bar{N}}{N}$, kunne variere mellom 0 (ingen bevisbedømmere slutter straffeskyld) og 1 (alle bevisbedømmere slutter straffeskyld).

Skyldsprøsmålet avgjøres imidlertid ikke av $\frac{\bar{N}}{N}$, men i forskjellige kollektive organer som definert i prosesslovene. Disse organene besettes av bevisbedømmere som trekkes fra populasjonen av potensielle bevisbedømmere. La n betegne størrelsen på et slikt organ, og betegn den tilhørende voteringsregelen som gjelder i organet, v . Voteringsregelen fastlegger det minste antallet av bevisbedømmerne som må slutte straffeskyld (forkaste H_0) for avsigelse av fellende dom eller kjennelse i organet. Kravet gjelder uavhengig av om det voterer formelt. Vi betegner voteringsregelen på en måte som gjør det enkelt å identifisere beslutningsmekanismen:

$$v\left[\frac{\#}{n}\right] = \# / n,$$

der $\#$ er det minste antallet bevisbedømmere som må slutte straffeskyld.

For eksempel kan ene-dommeren beskrives ved $\frac{1}{1}$, en liten meddomsrett ved $\frac{2}{3}$, en stor meddomsrett ved $\frac{5}{7}$ og juryen ved $\frac{7}{10}$. Dette gir en oversiktlig måte å beskrive de forskjellige mekanismene på i den løpende teksten.⁶⁵

Som en representasjon av trekningsreglene definert i prosesslovene (se nærmere kapittel 5 nedenfor), antas at alle mulige utvalg av n bevisbedømmere til beslutningsmekanismene har samme sannsynlighet for å bli valgt ut. Dette er en forutsetning om *tilfeldig utvalg*.⁶⁶ Dersom populasjonen av potensielle bevisbedømmere N er tilstrekkelig stor i forhold til n , vil en slik tilfeldig valgt bevisbedømmer for en gitt konstellasjon av fakta og rettsnormer stemme for straffeskyld med (den konstante) sannsynligheten p lik andelen som slutter straffeskyld i populasjonen av potensielle bevisbedømmere,⁶⁷

$$p = \frac{\bar{N}}{N}.$$

Dersom det basert på materielle rettsnormer og en saks faktum ikke er tvil om utfallet (alle potensielle bevisbedømmere må komme til samme resultat), er $\frac{\bar{N}}{N} = p = 0$ eller $\frac{\bar{N}}{N} = p = 1$. Da kan ikke valget av beslutningsmekanisme få noen betydning (henholdsvis sikker frifinnelse og sikker domfellelse). En delt populasjon, $0 < \frac{\bar{N}}{N} < 1$, korresponderer med at bevisbedømmelse under rettsnormer er en avgjørelse under usikkerhet. I denne klassen situasjoner får valget av kollektivmekanisme selvstendig betydning for utfallet.⁶⁸

Leseren kan selv ta stilling til hva slags saker som kommer til pådømmelse for domstolene, det vil si velge parameteren $\frac{\bar{N}}{N}$ eller p , eller betrakte en fordeling over $[0,1]$ som et implisitt

⁶⁵ Notasjonen ikke er helt tilfredsstillende fra et analytisk perspektiv. Selv om voteringsregelen gir uttrykk for en andel, er det viktig å huske at essensiell informasjon går tapt dersom den kun betraktes som en brøk! Formen $\frac{\#}{n}$ fremfor $\frac{\#}{n}$ kan være en påminnelse om dette.

⁶⁶ Se appendiks B for en presis definisjon.

⁶⁷ Dette er en approksimasjon, som blir vilkårlig presis når N blir tilstrekkelig stor samtidig som $\frac{\bar{N}}{N}$ holdes fast (se Teorem 9.6.1 i Bartoszyński & Niewiadomska-Bugaj (1996)). Bhattacharyya & Johnson (1977) antyder at approksimasjonen vil være god nok for de fleste anvendelser når utvalgsstørrelsen n er mindre enn 10 prosent av populasjonen N .

⁶⁸ Fordi et kollektiv av størrelse n krever $n(\frac{\#}{n})$ eller flere stemmer for domfellelse, vil situasjonen $p = 0$ også oppstå når $\bar{N} < n(\frac{\#}{n})$, og situasjonen $p = 1$ for alle parameterkonstellasjoner slik at $N - \bar{N} \leq n - n(\frac{\#}{n})$. Disse situasjonene vil imidlertid ha liten praktisk betydning gitt en stor populasjon av potensielle bevisbedømmere (men se avsnitt 3.2.3 og appendiks C nedenfor).

uttrykk for sakene som kommer til pådømmelse. Parameteren $\frac{N}{N}$ kan omtales som hvor *straffverdig* den tiltalte i en sak er.⁶⁹

Betrakt et kollektiv på $n = 3$ medlemmer, som kan avgjøre skyldspørsmålet under to forskjellige voteringsregler, henholdsvis krav om enstemmighet $v[\frac{3}{3}] = \frac{1}{3}$ og krav om to eller flere stemmer $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$ for slutning av straffeskyld.

Sannsynlighetstreet i figur 3.2 forenkler analysen. Treet viser alle mulige sekvenser av avgjørelser som kan gjøres av de tre bevisbedømmerne med hensyn til skyldspørsmålet. Treets såkalte noder, sirklene merket henholdsvis B_1 , B_2 og B_3 , representerer henholdsvis bevisbedømmer 1, 2 og 3's avgjørelse: Å stemme for domfellelse tilsvarer å gå ned høyre gren, å stemme for frifinnelse tilsvarer å gå ned venstre gren.

Den korresponderende sannsynligheten $p(\frac{N}{N})$ for at (den tilfeldig valgte) bevisbedømmer B_j slutter straffeskyld er avsatt langs høyre gren, og sannsynligheten for at B_j ikke slutter straffeskyld, $1 - p(1 - \frac{N}{N})$, er avsatt langs venstre gren.

At det er avsatt konstante sannsynligheter ”nedover” i treet, gjenspeiler to forhold. For det første antagelsen om en ”stor” populasjon av bevisbedømmere.⁷⁰ For det annet en antagelse om at den enkelte bevisbedømmeres stemmegivning i i kollektivet (gitt anvendelige rettsnormer og fakta) er uavhengig av de øvrige bevisbedømmere. Forutsetningen kan motiveres med rettslige krav og er et naturlig utgangspunkt i fravær av pålitelig empirisk informasjon (se avsnitt 5.1 og 7.4 nedenfor). Den gir enkelt håndter- og tolkbare modeller.⁷¹

Hver sluttnode i treet representerer en unik sekvens av mulige avgjørelser. Sannsynligheten for hver slik sekvens er produktet av sannsynlighetene langs de aktuelle grenene og er avsatt som vist.⁷²

⁶⁹ En slik betraktningssmåte anlegges for eksempel i Penrod & Hastie [1979].

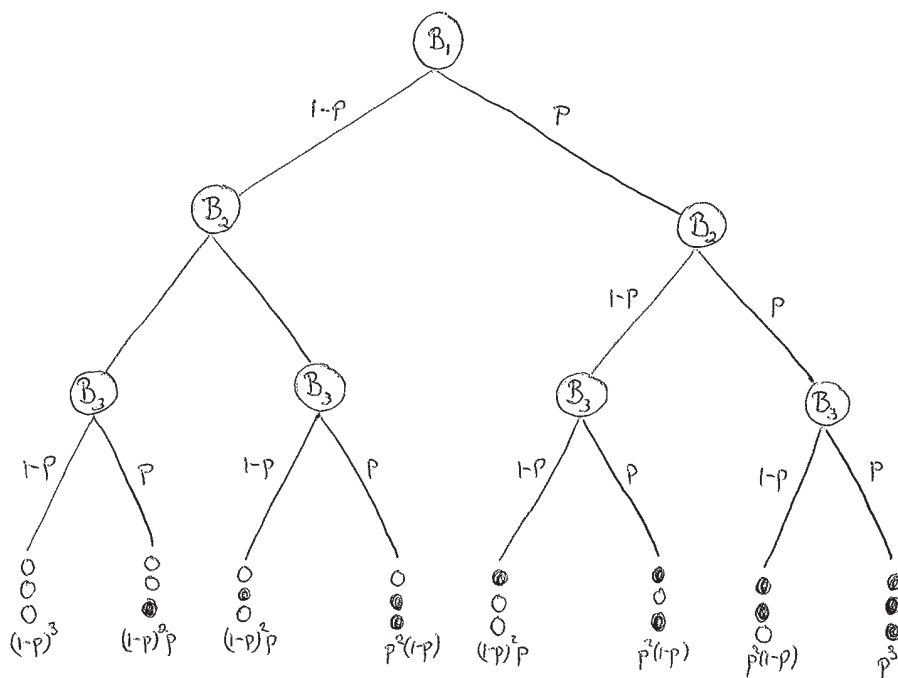
⁷⁰ Se motsetningsvis avsnitt 3.2.3 nedenfor.

⁷¹ En formell definisjon av uavhengighet er gitt i appendiks A nedenfor.

Å betrakte avhengighet i mekanismene ville medføre en betydelig komplikasjon. I juryens tilfelle måtte det for eksempel gjøres forutsetninger om en (10×10) kovariansmatrise og høyere ordens avhengighet (se Berg [1996]). Dette ville neppe være hensiktsmessig for vårt formål.

Alternativt kunne strategiske modeller betraktes. I så fall måtte aktørers preferanser spesifiseres og et likevektsbegrep formuleres, osv. Dette ville reiser en rekke problemstillinger selv i statiske beslutningsmekanismer, og raskt kunne flytte fokus fra strukturen i rettsnormene.

⁷² Det gjøres mer fullstendig rede for sannsynlighetstrær i appendiks A. Det fremgår at sannsynlighetene i treet har tolkning som henholdsvis marginale (første trinn) og betingede (annet og tredje trinn). Presisjon på dette punktet er viktig når modellforutsetninger medfører avhengighet (se avsnitt 3.2.3 nedenfor og appendiks C).



Figur 3.2 Mulige avgjørelsessekvenser med tilordnede sannsynligheter i et kollektiv på tre bevisbedømmere.

Vi ønsker å finne sannsynligheten for domfellelse under $v[\frac{3}{3}] = \frac{1}{3}$ (enstemmighet) og sannsynligheten for domfellelse under $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$ (majoritetsavgjørelse). Den førstnevnte begivenheten tilsvarer slutt-noden med tre fylte sirkler. Den sistnevnte begivenheten tilsvarer slutt-nodene med to og med tre fylte sirkler.

Sannsynligheten for domfellelse under $v[\frac{\#}{n}]$ benevnes $P_{v[\frac{\#}{n}]}$. Den vil variere med sannsynligheten for at de tilfeldig valgte bevisbedømmerne slutter straffeskyld: målet $P_{v[\frac{\#}{n}]}$ er en funksjon av "input-parameteren" p (eller $\frac{N}{N}$), og benevnes $P_{v[\frac{\#}{n}]}(p)$ (eller $P_{v[\frac{\#}{n}]}(\frac{N}{N})$).

I appendiks A representeres sekvensene av mulige avgjørelser som såkalte *elementærutfall* i et utfallsrom. En samling elementærufall kalles en *begivenhet*. En begivenhet sies å *inntreffe* når et av elementærutfallene i begivenheten realiseres.

I appendiks B innføres såkalte stokastiske variable, som er avbildninger av utfallsrommet til tall-linjen. Dette er effektive hjelpemidler ved analyse av de større kollektivene i kapittel 5 nedenfor.

Funksjonen tilordner én og bare én ”output-sannsynlighet” til hver ”input-sannsynlighet” eller sak $p, \frac{\bar{x}}{N} \in [0,1]$.⁷³

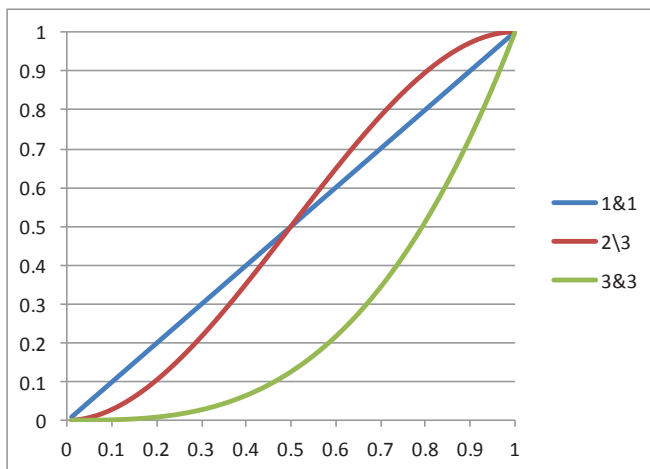
Av figur 3.2 følger at sannsynligheten for domfellelse under enstemmighet (tre fylte sirkler) er $P_{\frac{2}{3}}(p) = p^3$. Sannsynligheten for domfellelse under $v[\frac{2}{3}]$ er gitt ved summen av sannsynligheten for sluttnodene med to eller tre fylte sirkler, dvs. $P_{\frac{2}{3}}(p) = p^3 + 3p^2(1-p)$.

Dermed er sannsynligheten for domfellelse i to kollektivmekanismer etablert som en funksjon av ”input-sannsynligheter.”⁷⁴ Tabell 3.1 gir funksjonsverdier for et utvalg parametre (saker).

Funksjonene $P_{\frac{1}{3}}(\cdot)$ og $P_{\frac{2}{3}}(\cdot)$ er illustrert i figur 3.3.

Tabell 3.2: Sannsynligheten for slutning av straffeskyld noen verdier av p .

P	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\frac{1}{3}}(p)$	0.001	0.008	0.027	0.064	0.125	0.216	0.343	0.512	0.729	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(p)$	0.028	0.104	0.216	0.352	0.500	0.648	0.784	0.896	0.972	1.000



Figur 3.3 Sannsynligheten for slutning av straffeskyld i forskjellige kollektiver som en funksjon av sakstype

⁷³ Appendiks A gir en presis forklaring av funksjonsbegrepet.

Mange saker kan gi opphav til samme sannsynlighet. Vi danner ingen teori om hvilke saker som kommer til pådømmelse for domstolene (som gitt ved en fordeling over $[0,1]$).

⁷⁴ Dette er en intuitiv utledning av en såkalt kumulativ binomisk fordeling, se appendiks B. En nyttig kontroll i figur 3.2 er å verifisere at sannsynligheten for sluttnodene summerer til én (jfr aksiom I i appendiks A).

To aspekter ved kollektivmekanismen virker samtidig; størrelsen (antallet bevisbedømmere) og voteringsregelen. Det er instruktivt å sammenligne med ene-dommeren, som representert ved 45°-linjen.⁷⁵

Ene-dommeren slutter straffeskyld med sannsynlighet lik andelen $\frac{\bar{N}}{N}$ i populasjonen dommeren trekkes fra. Det vil si at dersom for eksempel 30 prosent i populasjonen av potensielle bevisbedømmere slutter straffeskyld, vil ene-dommeren slutte straffeskyld med sannsynlighet $P_{\frac{1}{3}}(p^0 = 0.3) = 0.3$, om 80 prosent av populasjonen slutter straffeskyld, $P_{\frac{1}{3}}(p^0 = 0.8) = 0.8$, osv. For de aller fleste sakstyper ser vi at kollektivet som opererer under et krav til enstemmighet slutter straffeskyld med en vesentlig lavere sannsynlighet enn ene-dommeren. For eksempel er $P_{\frac{2}{3}}(p^0 = 0.3) = .008$ og $P_{\frac{2}{3}}(p^0 = 0.8) = 0.512$. Differansen maksimeres for $p = \frac{1}{\sqrt{3}} \cong 0.577$ og er på vel 38 prosentpoeng!⁷⁶

Sammenligning av ene-dommeren med majoritetsmekanismen, gir et kanskje kontraintuitivt resultat: Ved input-verdier $p < 0.5$ slutter kollektivmekanismen under $v\left[\frac{2}{3}\right] = \frac{2}{3}$ straffeskyld med lavere sannsynlighet enn ene-dommeren, mens det er omvendt for $p > 0.5$. Funksjonen $P_{\frac{2}{3}}(\cdot)$ er symmetrisk rundt $p = 0.5$. En differanse i sannsynlighet for domfellelse på opptil nesten 10 prosentpoeng er ikke ubetydelig.⁷⁷

⁷⁵ I saker som gjelder ”bot og fengsel inntil ett år” settes tingretten med én dommer hvor ”retten [ikke] finner behandlingsmåten betenkelig” (strprl. § 276(1), 1. og 2. punktum). Beslutningen kan ikke ankes eller brukes som grunnlag for anke over dommen (3. og 4. punktum). Med dette er valget av avgjørelsesmekanisme i prinsippet styrt av en avveiningsnorm. Dette representerer en form for usikkerhet over beslutningsmekanismer som ikke drøftes videre her.

⁷⁶ For å anskueliggjøre betydningen av variasjon i kollektivmekanismene, kan vi gjøre det *tankeeksperiment* flere identiske saker kommer for domstolen. Når antallet saker gjentas tilstrekkelig mange ganger, vil de aktuelle mekanismene generere avgjørelser som svarer nært til de beregnede verdiene. Anta at for eksempel 100 identiske saker karakterisert ved $\frac{\bar{N}}{N} = .3$ kommer for domstolene. Forventningsvis ville da 30 bli domfældt i mekanismen med ene-dommer, omtrent 22 i $\frac{2}{3}$ -mekanismen og knapt 3 i $\frac{1}{3}$ -mekanismen, osv. (Vi forsøker ikke å gjøre dette utsagnet presist, men se stikkordmessig om grenseteoremer i appendiks A.)

Eksperimentet må ikke tas bokstavelig (bruken av sannsynlighetsbegrepet forutsetter ikke en slik tolkning). Eksperimentet påkaller det en diskusjon av hva som menes med identiske saker. Avgjørelsen av en sak vil også kunne påvirke avgjørelsen av en etterfølgende sak. Spørsmålet om feedback til den materielle normen gjelder innholdet i en vag juridisk metodelære, hvilken instans avgjørelser treffes i og om de er begrunnet.

Et alternativt eksperiment til å betrakte gjentak av identiske saker, er å betrakte fordelinger av saker over parameterrommet. (De samme reservasjonene knytter seg til tolkningen av dette eksperimentet.)

⁷⁷ Differansen maksimeres i $p = \frac{1}{2} \pm \frac{\sqrt{3}}{6} \cong \begin{cases} 0.789 \\ 0.211 \end{cases}$

Majoritetsmekanismer (MAJ) har noen særlige egenskaper. La $P_{MAJ(n)}(\cdot)$ være sannsynligheten for domfellelse i et kollektiv av størrelse n som avgjør skyldspørsmålet under majoritetsregelen $v\left[\frac{n+1}{2}\right]$. Da gjelder for enhver odde $n \geq 3$ følgende egenskaper:

- E1 grafen til funksjonen $P_{MAJ(n)}(\cdot)$ har en S -form i behold⁷⁸
- E2 $P_{MAJ(n)}(0.5) = 0.5$
- E3 $P_{MAJ(n)}(p) > p$ hvis og bare hvis $p > 0.5$
- E4 $P_{MAJ(n)}(\cdot)$ er symmetrisk i den forstand at $P_{MAJ(n)}(p) = 1 - P_{MAJ(n)}(1 - p)$
- E5 Når n blir stor nærmer $P_{MAJ(n)}(p)$ seg 1 for enhver $p > 0.5$ ⁷⁹
- E6 Når n blir stor nærmer $P_{MAJ(n)}(p)$ seg 0 for enhver $p < 0.5$ ⁸⁰

Egenskap E5 og E6 betyr at kurven for tilstrekkelig store kollektiver får en trappelignende form med steg i $p = 0.5$. E1—E6 følger av det såkalte Condorcets jury-teorem, som har anvendelser på en rekke områder.⁸¹

Det fremgår av figur 3.3 at kollektivmekanismen som opererer under $v\left[\frac{2}{3}\right] = \frac{2}{3}$ slutter straffeskyld med vestentlig høyere sannsynlighet for mange parameterverdier enn mekanismen som opererer med krav til enstemmighet, $v\left[\frac{3}{3}\right] = \frac{3}{3}$. Dette bekrefter en elementær intuisjon om betydningen av voteringsregelen for en gitt kollektivstørrelse.

For å lære mer om de to dimensjonene kollektivstørrelse og krav til stemmeflerhet, betraktes to partielle endringer i kollektivmekanismen som avgjør straffekrav; først en økning i kravet til stemmeflerhet for domfellelse for en gitt kollektivstørrelse, dernest en økning i kollektiv-

⁷⁸ $P_{MAJ(n)}(\cdot)$ er såkalt konveks for $p \in \left[0, \frac{1}{2}\right]$, og såkalt konkav for $p \in \left[\frac{1}{2}, 1\right]$.

⁷⁹ $\lim_{n \rightarrow \infty} P_{MAJ(n)}(p) = \Gamma$.

⁸⁰ $\lim_{n \rightarrow \infty} P_{MAJ(n)}(p) = 0^+$.

⁸¹ Se Boland [1989] for bevis og ytterligere resultater. Denne typen teoremer har anvendelser på en rekke fagfelt. Vi viser til Boland (1989) og Gorfman, Owen & Feld (1983) for oversiktsartikler, og til Nørdén [2010] for en analyse av majoritetsmekanismer i norsk høyesterett, det vil si $P_{\frac{2}{3}}(\cdot)$ for ankeutvalg, $P_{\frac{3}{5}}(\cdot)$ for avdeling, $P_{\frac{6}{11}}(\cdot)$ for storkammer og $P_{\frac{10}{19}}(\cdot)$ for plenum.

størrelsen for et gitt andelskrav for domfellelse. Resultatene vil være nyttige for analysen av juryen og meddomsretten nedenfor.

En endring i voteringsregelen som øker stemmekravet $\#$ for domfellelse for en gitt størrelse på kollektivet n , skifter kurven $P_{\lfloor \frac{\#}{n} \rfloor}(\cdot)$ i ”sydvestlig retning”: For enhver fastholdt p synker sannsynligheten for domfellelse når $\#$ øker for en gitt n . Dette kan vises generelt, og er illustrert ovenfor med overgangen fra $v\lfloor \frac{2}{3} \rfloor$ til enstemmighet i $v\lfloor \frac{3}{3} \rfloor$.⁸²

For å studere den selvstendige betydningen av kollektivstørrelsen n lar vi n øke, men slik at et andelskrav α til domfellelse holdes fast (vi tilpasser $\#$ slik at $\frac{\#}{n} \equiv \alpha$ for alle n). I figur 3.4 og tabell 3.3 sammenlignes $P_{\frac{2}{3}}$, $P_{\frac{1}{3}}$ og $P_{\frac{1}{6}}(p)$. Figuren antyder et generelt resultat:

Dersom voteringsregelen innebærer et krav til alminnelig flertall eller supermajoritet og n og $\#$ økes slik at andelskravet α til domfellelse holdes fast, skifter kurven $P_{\lfloor \frac{\#}{n} \rfloor}(\cdot)$ ned for ”lave”verdier av p , og opp for ”høye” verdier av p på en måte som gjør at den ”utstrakte” S-kurven får en mer uttalt S-form. Når n blir stor, nærmer kurven seg i grensen en ”trappeform” med steg i andelskravet.⁸³

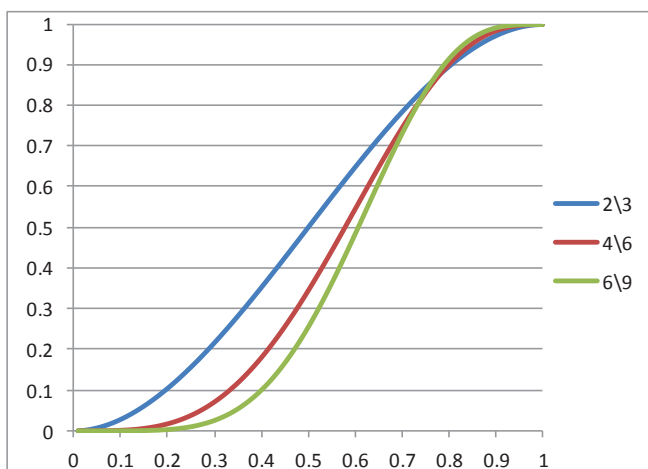
Tabell 3.3: Sannsynligheten for slutning av straffeskyld som en funksjon av input-parameter, kollektivstørrelse og voteringsregel.

P	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\frac{2}{3}}(p)$	0.028	0.104	0.216	0.352	0.500	0.648	0.784	0.896	0.972	1.000
$P_{\frac{1}{3}}(p)$	0.001	0.017	0.070	0.179	0.344	0.544	0.744	0.901	0.984	1.000
$P_{\frac{1}{6}}(p)$	0.000	0.003	0.025	0.099	0.254	0.483	0.730	0.914	0.992	1.000

⁸² Det blir færre ledd i summen ligning (B.11) i appendiks B.

⁸³ Fey [2003] teorem 2 beviser trappeegenskapen under krav til supermajoritet. Under supermajoritet gjelder *ikke* egenskap E3.

Under krav til enstemmighet medfører en økning i antallet bevisbedømmere at den U-formede $P_{\frac{1}{3}}$ -funksjonen i figur 3.3 skifter mot sør-vest og i grensen får en ”vinkelformet” karakter.



Figur 3.4: Betydningen av kollektivstørrelse for et gitt andelskrav $\alpha = \frac{2}{3}$.

3.2.2 Type I og type II feil

Avgjørelse av straffekrav i straffeprosessuelle former, det vil si på en måte som kan oppnå rettskraft, betraktes ovenfor som testing av en nullhypotese H_0 om rettslig uskyld mot en alternativ hypotese H_A om rettslig skyld. Type I feil defineres i avsnitt 3.1 som forkastelse av H_0 (domfellelse) når hypotesen er sann, og type II feil som ikke å forkaste H_0 (frifinnelse) når alternativhypotesen er sann. Definisjonen av *feil* forutsetter et *eksternt* begrep om rettslig uskyld eller skyld.

I rettslig sammenheng generelt, og ved avgjørelse av straffekrav spesielt, er det imidlertid typisk (om enn ikke definatorisk) problematisk å snakke om et eksternt kriterium. Fordi begreper i rettsnormer (herunder i beviskravsregler) kan være vage eller ha avveiningspreg, kan forskjellige bevisbedømmere i samme sak basert på samme – til og med komplett – informasjon, komme til forskjellig resultat. Det er ordinært at kollektiver splittes under korrekt saksbehandling, og at utfall varierer med instans eller organ i en horisontalmekanisme.

En nærliggende *definisjon* av straffeskyld er domfellelse i et kompetent organ etter korrekt saksbehandling (jfr forsåvidt domskravet i Grunnloven § 96). En slik definisjonen har berøringspunkter med Rawls begrep 'pure procedural justice' og innebærer et "prosessuelt sannhetsbegrep."⁸⁴ Institusjonelle aspekter ved rettssystemet motiverer en slik slik forståelse. Avgjørelser som kan oppnå rettskraft legitimeres gjennom domstolsystemets ritualer, sym-

⁸⁴ Rawls [1991] avsnitt 2.14.

bolere og oppbygning (både regler som sikrer representativitet gjennom kollektivstørrelse og sammensetning, og regler som skal sikre tillit til avgjørelsene gjennom krav til upartiskhet og uavhengighet m.v.). Utfallet av en sak skal ikke bare være korrekt, men også *fremstå* som korrekt.

I en slik sammenheng er det imidlertid åpenbart problematisk å snakke om type I og type II *feil*. Analysen i avsnitt 3.2.1 ovenfor viser at det for mange sakstyper er betydelig forskjell mellom kollektivmekanismer. Det samme vil bli illustrert i kapittel 5 nedenfor for organer som treffer avgjørelser etter straffeprosessloven kapittel 24. Og selv med én fastlagt mekanisme (av endelig størrelse), vil det for mange avgjørelser (sakstyper) gjelde at sannsynligheten for *både* opprettholdelse og forkastelse av H_0 er ikke-ignorerbar. I en slik sak vil det *ex post* måtte erkjennes at en annen avgjørelse *kunne* ha vært nådd innenfor systemets rasjonalitetskriterier. Dette illustrerer relativiteten i et rent prosessuelt skyldbegrep.

Med utgangspunkt i prinsipper som kommer til uttrykk i blant annet legalitetsprinsippet, foreslår vi å *definere* et eksternt u/skyldsbegrep basert på populasjonen av potensielle bevisbedømmere.⁸⁵ Tiltalte er skyldig hvis og bare hvis flertallet (majoriteten) i denne populasjonen slutter straffeskyld:

$$(*) \quad H_A \text{ er sann hvis og bare hvis } \frac{\bar{N}}{N} > \frac{1}{2} .$$

Definisjonen gir et prinsipp for å evaluere beslutningsmekanismer, som må komme til anvendelse i alle saker om straff (Grunnloven § 96). Begrunnelsen for (*) er i hovedsak:

- (i) Når normene som styrer bevisbedømmelsen og avgjørelsen av skyldspørsmålet er ikke-determinative i den forstand at forskjellige bevisbedømmere kan komme til forskjellig resultat innenfor systemets rasjonalitetskriterier, foreligger ufullstendighet. Denne utfylles eller lukkes av en populasjon som er representativ for lovgiver⁸⁶

⁸⁵ I kapittel 5 knyttes populasjonen til lekdommerutvalg som definert i domstoloven kapittel 4. Utvalgene "skal ha en allsidig sammensetning, slik at de best mulig representerer alle deler av befolkningen" § 67. Hensynet til representativitet har fått økt oppmerksomhet i norsk rett, se NOU 2002: 11 "Dømmes av likemenn": *Lekdommere i norske domstoler*.

Vi skal ikke drøfte faktiske aspekter ved den gjeldende ordningen. Merk likevel at Strandbakken [2001] antyder en overrepresentasjon av politisk aktive i norske utvalg, og forslaget i Casper & Zeisel [1972] om å definere populasjonen av potensielle bevisbedømmere basert på valglister.

⁸⁶ Det er flere årsaker til at straffebud kan være ufullstendige i flere dimensjoner. Det skal ikke tas stilling til i hvilken grad "man har naad frem til den abstrakte redaktion av lovteksten, som muliggjør en forening av smidighet og fasthet, samtidig som man kan stille sig det maal, med et forholdsvis litet antal paragrafer at

(ii) Lukningen i populasjonen bør skje under et alminnelig majoritetskrav, som korresponderer med kravet ved formell fastsettelse av straffenormer

Definisjon (*) er med hensyn til punkt (i) inspirert av Thomas III & Pollack [1992].⁸⁷ Under henvisning til H. L. A. Hart og John Austin viser de til at "the sovereign in a democracy is ultimately the electorate. [...] a jury is simply a sample of the larger universe of the electorate, and a jury verdict can be compared to the result the electorate would have reached had it judged the case" (s. 8).

Forfatterne kaller dette "a broad positive conception of guilt" i motsetning en "narrow sense" som svarer til et rent prosessuelt skyldbegrep ("[i]ndeed, the concept of justice seems to entail an evaluation of the result, not just the process), se henholdsvis s. 6 og 8.

En utfyllende og dypere normativ begrunnelse for definisjon (*) ligger i det såkalte May's teorem (May [1952]). May viser at gitt at det skal treffes valg mellom to alternativer, og dette valget skal skje under svake krav om likebehandling eller symmetri mellom kollektivets medlemmer og utfallene, er én og bare én mekanisme mulig, nemlig majoritetsbeslutningen i populasjonen. For vårt formål vil vi noe forenklet forklare dette slik:

N potensielle bevisbedømmere tar stilling til skyldspørsmålet som definert i avsnitt 3.2.1 ovenfor (hver bevisbedømmer tar stilling til alle begrepsmomenter i straffenorren). Vi assosierer følgelig hver bevisbedømmer med en fylt eller en åpen sirkel (henholdsvis slutning og ikke slutning av straffeskyld). En *profil* er en ordnet liste med slike vurderinger, der det j -te elementet tilsvarer j -te bevisbedømmers vurdering, $j = 1, \dots, N$. Det finnes 2^N mulige slike profiler (fotskrift betegner den enkelte bevisbedømmer), for eksempel ordnet slik:

ramme alle tænelige forbrydelser" (Zappfe [1941] s. 276). Fra en positiv synsvinkel nevner vi likevel utfordringene lovgivende forsamlinger møter på *normfastsettelsesstadiet* (når antallet alternativer eller dimensjoner er større enn to, se motsetningsvis rett nedenfor). I en omfattende litteratur om gruppebeslutninger ("social choice theory") er gjennomgangstemaer begrenset mulighet for konsistens og at tilfeldighet eller strategiske handlinger influerer utfall (normeringene). Gode innføringer på norsk er Føllesdal, Walløe & Elser [1983] og Hovi & Rasch [1993].

⁸⁷ Se også Edelman [2002] ("the polling model").

$$\begin{array}{c}
 (\circ_1, \circ_2, \dots, \circ_{N-1}, \circ_N) \\
 (\circ_1, \circ_2, \dots, \circ_{N-1}, \bullet_N) \\
 \dots\dots\dots \\
 (\bullet_1, \bullet_2, \dots, \bullet_{N-1}, \bullet_N)
 \end{array}$$

Betegnet settet av slike profiler med vurderinger V La $F(\cdot)$ være en beslutningsregel (en funksjon) som til hver eneste profil i V tilordner ett og bare ett element i mengden $\{\circ, \bullet\}$.⁸⁸

May krever at beslutningsregelen $F(\cdot)$ har følgende egenskaper:

Egenskap 1. *Symmetri mellom bevisbedømmerne* ("anonymitet"). Navngivningen eller identiteten til den enkelte bevisbedømmer skal ikke bety noe, dvs. kun antallet åpne og fylte sirkler er avgjørende. Alle individer gis lik vekt i aggregeringen.

Egenskap 2. *Nøytralitet mellom alternativene*. Utfallet skal ikke avhenge av navngivningen av alternativene det velges mellom (dersom alle bevisbedømmernes vurdering reverseres, reverseres utfallet)

Egenskap 3. *Positiv respons*. Økt støtte til et alternativ fra én eller flere bevisbedømmere skal ikke redusere alternativets mulighet for å bli valgt, og krever i "grensetilfeller" at alternativet blir valgt

May beviser, under en helt presis (aksiomatisk) definisjon av egenskap 1—3, at det er én og bare én regel $F(\cdot)$ som tilfredsstillter Egenskap 1—3. Dette er majoritetsregelen.⁸⁹

⁸⁸ Se om funksjonsbegrepet i appendiks A nedenfor. V kalles der regelens (funksjonens) definisjonsmengde, og $\{\circ, \bullet\}$ dens verdimengde.

⁸⁹ Det finnes 2^{2^N} mulige funksjoner (regler) fra V til $\{\circ, \bullet\}$, et astronomisk høyt tall allerede for ganske lave verdier av N (Cameron [1998] teorem 1.13).

Mays teorem er i utgangspunktet formulert i en situasjon der den enkelte beslutningstager også kan uttrykke indifferens mellom de to alternativene. Se Moulin [1988] for en formulering av aksiomer og bevis for teoremet når den enkelte ikke tillates å uttrykke slik indifferens, som tilsvarer den foreliggende situasjon. (I beviset bruker Moulin en generalisert funksjon (korrespondanse) for å håndtere muligheten for en nøyaktig splittet populasjon. Dette kommenteres ikke videre, blant annet på grunn av størrelsen på N .)

May [1952] har gitt opphav til en omfattende litteratur, og har en sentral stilling i politisk filosofi (se for eksempel Austen-Smith & Banks [1999, 2005] og Goodin & List [2006] med videre referanser). Litteraturen må ha betydelig interesse ved design av rettslige beslutningsmekanismer og institusjoner. Dette kan ikke forfølges her, men nevner som et eksempel klarlegging av Kelsens interessante motivasjon for majoritetsregelen: "The principle of majority, the greatest possible approximation to the idea of freedom in political reality, presupposes

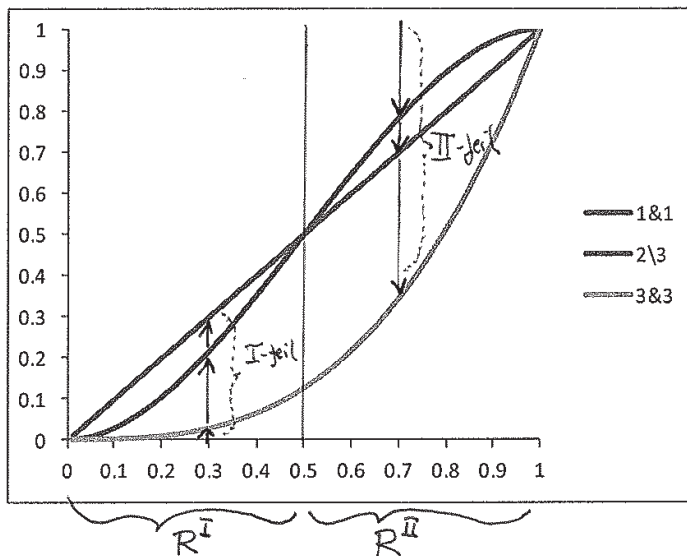
Definisjonen (*) gir et kriterium til vurdering av kollektivmekanismene under de mange kombinasjoner av fakta og jus som kan komme til anvendelse for domstolene.

I figur 3.5 nedenfor er input-rommet i figur 3.3 og 3.4 splittet i to regioner;

$$R^I = \left\{ \frac{\bar{N}}{N} \in [0,1] \mid \frac{\bar{N}}{N} \leq \frac{1}{2} \right\} \text{ og } R^{II} = \left\{ \frac{\bar{N}}{N} \in [0,1] \mid \frac{\bar{N}}{N} > \frac{1}{2} \right\}.$$

Regionen R^I og R^{II} tilsvarer dermed saker (konstellasjoner av rettsnormer og fakta) hvor tiltalte i henhold til (*) henholdsvis er uskyldig og skyldig.

Som illustrert i figur 3.5 kan sannsynligheten for type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte) over region R^I leses direkte som avstanden opp til kurven $P_{v[\frac{\bar{N}}{N}]}(\cdot)$, og sannsynligheten for type II feil (frifinnelse av skyldig tiltalte) over region R^{II} som avstanden fra den horisontale linjen gjennom 1 ned til kurven $P_{v[\frac{\bar{N}}{N}]}(\cdot)$.



Figur 3.5. Type I og type II feil i kollektivmekanismene.

as an essential condition the principle of equality. [...] This synthesis of freedom and equality is at the basis of the democratic idea concerning the relationship between the social order (as the collective will) and the individual will, between the subject and the object of domination [...]” (Kelsen [1955]s. 25; referansen skyldes Philippe Urfalino). Ackerman [1980] bruker Mays teorem i begrunnelsen for konstitusjonell design (se særlig kapittel 9).

Anta til illustrasjon en sak der $\frac{\bar{N}}{N} = 0.3$, det vil si tiltalte er uskyldig (H_0 er sann). Det trekkes et antall på n bevisbedømmere fra populasjonen av potensielle bevisbedømmere for avgjørelse i de rettslige beslutningsmekanismene. Sannsynligheten for domfellelse – som i R' er lik sannsynligheten for type I feil – er gitt ved funksjonsverdien $P_{v[\frac{n}{3}]}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.3}$. Trekket det følgelig $n = 3$ bevisbedømmere til mekanismen som avgjør skyldspørsmålet under voteringsregelen $v[\frac{3}{3}] = \frac{3}{3}$, er sannsynligheten for type I feil $P_{\frac{3}{3}}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.3} = (0.3)^3 = 0.027$. Med $n = 3$ og $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$ er sannsynligheten for type I feil $P_{\frac{2}{3}}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.3} = (0.3)^3 + 3(0.3)^2(1-0.3) = 0.22$. For $n = 1$ er sannsynligheten for type I feil opplagt lik populasjonsandelen som slutter straffeskyld, $P_{\frac{1}{1}}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.3} = 0.3$.

Anta en sak der $\frac{\bar{N}}{N} = 0.8$, det vil si tiltalte er skyldig (H_A er sann). Sannsynligheten for type II feil (frifinnelse av en skyldig tiltalt) er gitt ved sannsynligheten for at tiltalte ikke domfelles, det vil si $1 - P_{v[\frac{n}{3}]}(\cdot)$. Følgelig er sannsynligheten for type II feil i mekanismen med tre dommere under $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$, $1 - P_{\frac{2}{3}}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.8} = 1 - \{(0.8)^3 + 3(0.8)^2(1-0.8)\} = 0.104$.⁹⁰ I enedommermekanismen er sannsynligheten for type II feil i punktet $1 - 0.8 = 0.2$, og mekanismen med tre dommere som slutter straffeskyld under krav om enstemminget $v[\frac{3}{3}] = \frac{3}{3}$, $1 - P_{\frac{3}{3}}(\frac{\bar{N}}{N})\Big|_{\frac{\bar{N}}{N}=0.8} = 1 - (0.8)^3 = 0.488$.

Det fremgår av figur 3.5 at det er betydelig forskjell mellom mekanismene med hensyn til sannsynligheten for type I og type II feil for mange sakstyper. Selv om omfanget av feil som blir generert også gjenspeiler sakene som kommer til pådømmelse (populasjonen av tiltalte), kan det sies noe systematisk om betydningen av kollektivstørrelse og voteringsregler. (Det forutsettes at sakene som kommer til pådømmelse er uavhengig av beslutningsmekanismen.)

I avsnitt 3.2.1 ovenfor ble det konstatert at for en gitt kollektivstørrelse n , skifter $P_{v[\frac{n}{3}]}(\cdot)$ i syd-vestlig retning (målt vertikalt: et negativt skift) ved økt andelskrav for domfellelse. Dette

⁹⁰ Det følger av egenskap E4 i avsnitt 3.2.1 ovenfor at sannsynligheten for type II feil i $\frac{\bar{N}}{N} = 0.8$ er lik $P_{\frac{3}{3}}(0.2)$.

betyr en lavere sannsynlighet for domfellelse for alle input-verdier $\frac{\bar{N}}{N}$. Følgelig faller sannsynligheten for type I feil over hele R^I , og sannsynligheten for type II feil øker over hele R^{II} . (Overgangen fra $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$ til $v[\frac{3}{3}] = \frac{3}{3}$ illustrerer dette.)

Betrakt en økning i kollektivstørrelsen n . Under *majoritetskrav* med $n \geq 3$ og n odd, synker sannsynligheten for type I feil over hele R^I og sannsynligheten for type II feil synker over hele R^{II} . Dette skjer på en symmetrisk måte (egenskap E4), og dersom kollektivmekanismen blir tilstrekkelig stor går begge sannsynlighetene mot null (henholdsvis egenskap E5 og E6). Dette illustrerer at ved å styrke et kollektiv kan risikoen for type I og type II reduseres simultant i majoritetsmekanismer uten hensyn til hva slags saker som kommer til pådømmelse.

Betrakt så en økning i kollektivstørrelsen n og voteringskravet α slik at et andelskrav $\alpha > \frac{1}{2}$

holdes fast. Intervallet R^{II} kan partisjoneres i to regioner ${}_{\alpha}R^{II} = \left\{ \frac{\bar{N}}{N} \in R^{II} \mid \frac{\bar{N}}{N} < \alpha \right\}$ og

$R_{\alpha}^{II} = \left\{ \frac{\bar{N}}{N} \in R^{II} \mid \frac{\bar{N}}{N} \geq \alpha \right\}$. Som illustrert i figur 3.5 vil økningen i kollektivstørrelsen redusere

sannsynligheten for type I feil i hele R^I . Sannsynligheten for type II feil vil avta for alle $\frac{\bar{N}}{N}$ "tilstrekkelig langt til høyre" i intervallet R_{α}^{II} . Derimot vil sannsynligheten for type II feil øke for alle $\frac{\bar{N}}{N}$ "tilstrekkelig langt til venstre" i ${}_{\alpha}R^{II}$. Når mekanismen blir tilstrekkelig stor vil sannsynligheten for type I feil gå mot null i hele R^I , og sannsynligheten for type II feil gå mot null i hele R_{α}^{II} . I hele ${}_{\alpha}R^{II}$ går imidlertid sannsynligheten for type II feil mot én.

Straffekrav avgjøres ikke i store kollektiver. Men karakteristikkene av kollektivene ovenfor gir en interessant rasjonalisering av kravet til *kvalifisert flertall* i endelige kollektiver som typisk brukes i straffeprosess. Kravet til kvalifisert flertall beskytter mot risiko for type I feil i hele R^I , oppnådd på bekostning av en høyere risiko for type II feil i nedre del av intervallet R^{II} . Dette vil bli illustrert i analysen av meddomsretten og juryen i kapittel 5 nedenfor.

Rettslige avgjørelser som treffes under usikkerhet i små (endelige) kollektiver som begrepsfestet ovenfor, kan sies å representere det Rawls kaller ”imperfect procedural justice”.⁹¹

Design av slike mekanismer har flere dimensjoner. En avveining mellom type I og type II feil vil også måtte ta hensyn til sakene som kommer til påbedømmelse. Slike mer omfattende problemstillinger faller utenfor vårt tema.⁹²

3.2.3 Bevisbedømmere trekkes fra små populasjoner

Norske lagdommer er små: medianlagdommet har 19,5 faste dommere (avsnitt 5.1 nedenfor). Dobbeltprosess involverer til sammen seks dommere fra samme lagdomme. Derfor er forutsetningen om trekning fra en stor populasjon som motivert i avsnitt 3.2.1 ovenfor ikke alltid en rimelig approksimasjon. Dette medfører en form for ”mekanisk” avhengighet ved tilfeldig utvalg som innebærer flere virkningskanaler mellom kollektivmekanisme og rettsavgjørelser. Vi undersøker derfor konsekvenser av trekning fra en liten populasjon.

Vi opprettholder forøvrig alle forutsetningene ovenfor (spesielt om tilfeldig trekning fra populasjonen av potensielle bevisbedømmere). I treet figur 3.6 tilordnes sannsynligheter nå slik: I trinn én domfeller en tilfeldig valgt bevisbedømmer B_1 med sannsynlighet $\frac{\bar{N}}{N}$ (og frifinner med sannsynlighet $1 - \frac{\bar{N}}{N} = \frac{N - \bar{N}}{N}$). I trinn to må det skilles mellom høyre og venstre gren av treet. Gitt at B_1 stemmer for domfellelse (høyre gren), er det i populasjonen av $N - 1$ gjenværende potensielle bevisbedømmere et antall på $\bar{N} - 1$ som slutter straffeskyld. Tilfeldig utvalg medfører da at bevisbedømmer B_2 i kollektivet slutter straffeskyld med sannsynlighet $\frac{\bar{N} - 1}{N - 1}$ (og frifinner med sannsynlighet $1 - \frac{\bar{N} - 1}{N - 1} = \frac{N - \bar{N}}{N - 1}$). Langs venstre gren (B_1 frifinner), er det et antall på \bar{N} i populasjonen av $N - 1$ gjenværende potensielle bevisbedømmere som slutter

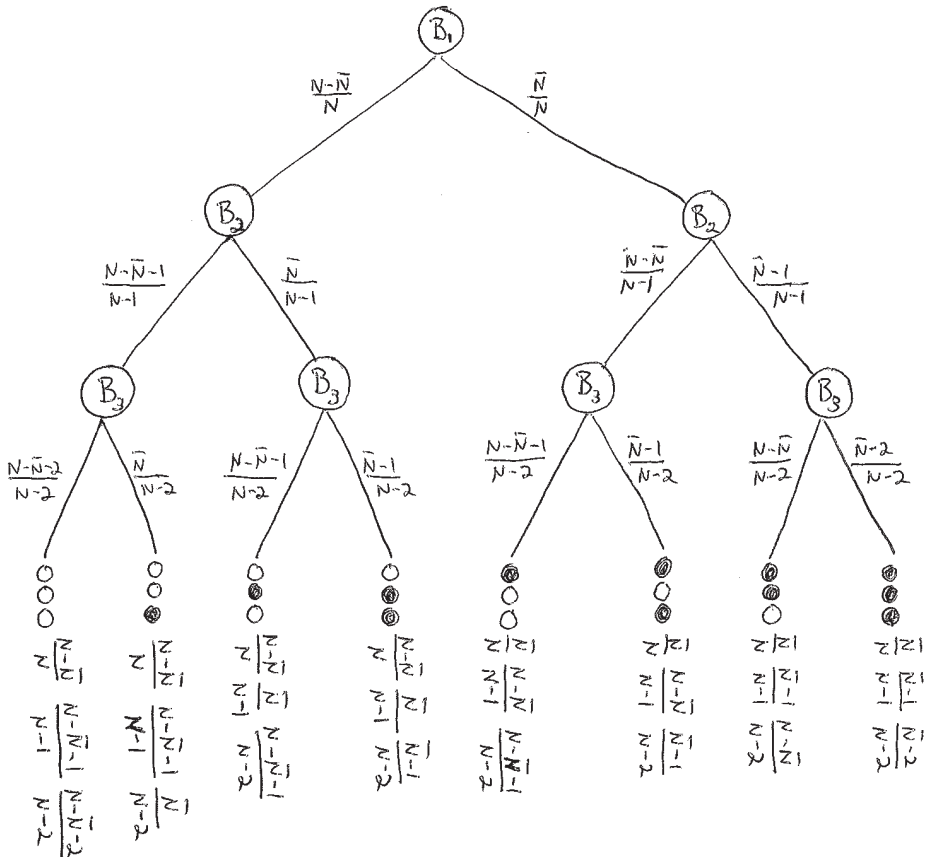
⁹¹ ”Imperfect procedural justice is exemplified by a criminal trial. The desired outcome is that the defendant should be declared guilty if and only if he has committed the offense with which he is charged. The trial procedure is framed to search for and to establish the truth in this regard. [...] Even though the law is carefully followed, and the proceedings fairly and properly conducted, it may reach the wrong outcome. An innocent man may be found guilty, a guilty man may be set free. In such cases we speak of miscarriage of justice: the injustice springs from no human fault but from a fortuitous combination of circumstances which defeats the purpose of the legal rules. The characteristic mark of imperfect procedural justice is that while there is an independent criterion for the correct outcome, there is no feasible procedure which is sure to lead to it.” (Rawls [1991] s. 74-75.)

⁹² Med kunnskap om hvilke saker (fordelingen over $[0, 1]$) og et kriterium for avveining mellom type I og type II feil, kan en optimal beslutningsmekanisme utledes. (Klevoric [1977] introduserer også kostnader ved bruk av bevisbedømmere og endogeniserer antallet bevisbedømmere.)

straffeskyld. Følgelig er sannsynligheten for at B_2 domfeller og frifinner i venstre node

henholdsvis $\frac{\bar{N}}{N-1}$ og $\frac{N-\bar{N}-1}{N-1}$.⁹³

Basert på samme resonnering, tilordnes sannsynligheter til grenene i trinn tre (bevisbedømmer B_3).



Figur 3.6 Avgjørelsessekvenser med tilordnede sannsynligheter i når bevisbedømmere trekkes fra en "liten" populasjon.

Sannsynligheten for hvert elementærutfall avsett i figur 3.6. Det følger at sannsynligheten for domfellelse under krav om enstemmighet ($v[\frac{3}{3}] = \frac{1}{3}$) er gitt ved

⁹³ Dette illustrerer at sannsynlighetene i treet er betingede; hver er betinget av den sekvens av begivenheter som leder opp til angjeldende gren (se appendiks A).

$$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) = \frac{\bar{N}}{N} \frac{\bar{N}-1}{N-1} \frac{\bar{N}}{N-2}.$$

Under voteringsregelen $v[\frac{2}{3}] = \frac{2}{3}$ er funksjonen (etter ordning av elementene)

$$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) = \frac{\bar{N}}{N} \frac{\bar{N}-1}{N-1} \frac{\bar{N}}{N-2} + 3 \frac{\bar{N}}{N} \frac{\bar{N}-1}{N-1} \frac{N-\bar{N}}{N-2}.$$

Av funksjonsuttrykkene fremgår hvordan populasjonsstørrelsen og andelen av potensielle bevisbedømmere som slutter straffeskyld, påvirker sannsynligheten domfellelse.⁹⁴ Tabell 3.4 og tabell 3.5 gir funksjonsverdier for populasjonsstørrelser på henholdsvis $N = 10$ og $N = 20$. Funksjonsverdier for $N = 30$ er inkludert for å illustrere at approksimasjonen ved å anta uavhengighet (dvs. modellen i avsnitt 3.2.1 ovenfor) er pålitelig for større lagdømmer.⁹⁵

Det fremkommer at under krav til enstemmighet, synker sannsynligheten for domfellelse når populasjonen er liten.

Under krav til majoritet blir den S-formede kurven mer uttalt ved trekning fra en liten populasjon sammenlignet med en stor populasjon (uavhengighet). Ettersom straffeskyld ikke baseres (utelukkende) på en mindre populasjon, har resultatet begrenset normativ interesse. Men effektene vil kvantitativt påvirke analysen av meddomsretten og dobbeltprosessmekanismen i små lagdømmer. Vi har derfor gjort beregninger som fanger opp dette, se kapittel 5 og appendiks C nedenfor.

Tabell 3.4: Sannsynligheten for slutning av straffeskyld utvalgte verdier av N og \bar{N} under krav om enstemmighet.

$\frac{\bar{N}}{N}$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=10}$	0.000	0.000	0.008	0.033	0.083	0.167	0.292	0.467	0.700	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=20}$	0.000	0.004	0.018	0.049	0.105	0.193	0.319	0.491	0.716	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=30}$	0.000	0.005	0.021	0.054	0.112	0.201	0.328	0.499	0.720	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(p)$	0.001	0.008	0.027	0.064	0.125	0.216	0.343	0.512	0.729	1.000

⁹⁴ Vi har utledet en såkalt (kumulativ) hypergeometrisk fordeling. I analysen av de større kollektivene i appendiks C nedenfor, benyttes slike fordelinger direkte.

⁹⁵ En tommelfingerregel er at avhengighet kan ignoreres når det trekkes mindre enn ti prosent av populasjonen (Bathattacharyya & Johnson (1977) s. 144). (Fordi kumulative sannsynligheter beregnes bør kanskje andelen være noe høyere; se til illustrasjon de to siste linjene i tabell 3.4, der differansen er opptil 1.5 prosentpoeng.)

Tabell 3.5: Sannsynlighet for slutning av straffeskyld utvalgte verdier av N og \bar{N} under krav om alminnelig flertall.

$\frac{\bar{N}}{N}$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=10}$	0.000	0.067	0.183	0.333	0.500	0.667	0.817	0.933	1.000	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=20}$	0.016	0.088	0.202	0.344	0.500	0.656	0.798	0.912	0.984	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(N, \bar{N}) _{N=30}$	0.020	0.094	0.207	0.347	0.500	0.653	0.793	0.906	0.980	1.000
$P_{\frac{2}{3}}(p)$	0.028	0.104	0.216	0.352	0.500	0.648	0.784	0.896	0.972	1.000

3.2.4 Oppsummering

Vi har kartlagt systematiske effekter av kollektivstørrelse og voteringsregler for avgjørelsen av skyldspørsmålet. Usikkerhet i bevisbedømmelse og anvendelse av rettsnormer er representert ved at andelen av populasjonen av potensielle bevisbedømmere som slutter straffeskyld tillates å variere mellom null og én. Tilfeldig trekning fra denne populasjonen gjør at andelen kan tolkes som sannsynligheten for at en tilfeldig valgt bevisbedømmer slutter straffeskyld. Ved å definere straffeskyld som å foreligge i de saker (komplekser av fakta og rettsnormer) hvor majoriteten i populasjonen av potensielle bevisbedømmere slutter straffeskyld, knyttes prosessmekanismene til sannsynligheten for type I og type II feil i en statisk sammenheng. Resultatene vil bli brukt i analysen av meddomsretten og juryen, og i den dynamiske analysen.

3.3 Kort om stillingen til sivile krav ved tilsidesettelse

I en straffesak kan det besluttes at H_0 ikke forkastes, samtidig som gjerningsbeskrivelsen i H_A legges til grunn for et sivilt krav som pådømmes i samme sak etter strprl. § 3 basert på samme bevisførsel og bevistema under et *sivilrettslig* beviskrav.⁹⁶ Dette er i tråd med EMK og er gjeldende norsk rett, se henholdsvis EMDs avgjøresle *Orr v. Norway* avsnitt 49 og Rt. 2008

⁹⁶ Når H_0 ikke forkastes i en straffesak, følger det ikke at H_0 er sann: det foreligger en mulighet for type II feil, se tabell 3.1 ovenfor. (En statistisk type II feil tilsvarer "the logical error of confirming the consequent", Feinberg [1971] s. 30. Se f.eks. Suppes [1957] avsnitt 2.3 om den enklere deterministiske analogien.) I rettslig sammenheng er det imidlertid vanlig å bruke formuleringer som at "tiltalte er uskyldig" eller lignende. Denne *språkbruken* følger av straffeprosessloven (se eksempelvis §§ 40(4) og 376) og harmonerer med rettskraftreglene: Straks en avgjørelse som ikke forkaster H_0 er blitt rettskraftig, blokkerer prosessuelle regler – i fravær av betingelser for gjenopptagelse – ny prøving av H_0 i straffeprosessuelle former (strprl §51(1)).

I skotsk rett brukes formen "not proven" i straffesaker der tiltalte frifinnes (Schauer & Zeckhauser [1996] n. 6). Se Lindley [1977] s. 209 for et forslag til ytterligere presisjon basert på Bayesianske prinsipper.

s. 1292 avsnitt 19.⁹⁷ Dommenene illustrerer imidlertid at ikke-resultatrelaterte aspekter ved uskyldspresumsjonen (stikkord: omdømmefunksjonen) skaper utfordringer med hensyn til utformingen av domsargumenter ved delte avgjørelser.

Den såkalte *collateral estoppel*-doktrinen i amerikansk rett gir en interessant analogi. Den kan i straffeprosessuell sammenheng sees som en utbygning av ”double jeopardy”-beskyttelsen for tiltalte, og gir denne en rett (ikke plikt) til å få et *rettsfaktum* en jury har tatt stilling til, lagt til grunn i andre saker.⁹⁸ Tiltalte kan ikke påberope seg den strafferettslige doktrinen angående sivile krav, hvor det gjelder et svakere beviskrav om såkalt *preponderance of evidence*.⁹⁹

Avgjørelse i forskjellige kollektivmekanismer en *selvstendig* årsak til ulik skjebne for det strafferettslige krav og sivile krav. Når lagmannsretten settes med jury, avgjøres et sivilt krav av fagdommerne under voteringsregelen $v[\frac{2}{3}]$.¹⁰⁰ Dette fremgår implisitt av strprl. § 376e(1), 1. punktum.

Ved tilsidesettelse etter § 376a blir sivile krav ikke pådømt av retten i første trinn. Det betyr at kravene avgjøres i meddomsretten under voteringsregelen $v[\frac{4}{7}] = \frac{4}{7}$.¹⁰¹ Denne mekanismen vil under usikkerhet systematisk generere andre avgjørelser enn første-trinnsmekanismen. Situasjonen er symptomatisk for *ad hoc*-karakteren til § 376a (se tilsvarende avsnitt 8.2 nedenfor i forbindelse med gjenåpning).

Beslutningsmekanismes betydning for sivile krav kan analyseres på følgende måte: La $\hat{p} = \frac{\hat{N}}{N}$ være andelen av potensielle bevisbedømmere som finner at den relevante delen av gjerningsbeskrivelsen er oppfylt under det sivilrettslige beviskravet. Basert på slike parameterverdier kan sannsynligheten for at saksøker vinner frem beregnes for relevante kollektiver.

En fullstendig analyse av stillingen til sivile krav ville også måtte ta hensyn til muligheten for anke over kravet etter både straffe- og sivilprosessuelle regler.

⁹⁷ Dom 15. mai 2008.

Se generelt om problemstillingen Schauer & Zeckhauser [1996]. Se NOU 2000: 33 *Erstatning til ofrene hvor tiltalte frifinnes for straff* om den internrettslige diskusjonen.

⁹⁸ Prinsippet bryter med både objektive og subjektive sider ved det norske rettskraftbegrepet. Se likevel til sammenligning strl. § 249 nr. 4a om at det i ærekrenkelsessaker ikke er adgang til å føre sannhetsbevis for en beskyldning om straffbar handling som vedkommende er frifunnet for. Regelen er kritisert av Tvistelovutvalget (NOU 2001: *Retten på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven)* 32 s. 409—410 og s. 422—423).

⁹⁹ Se Dressler [1997] avsnitt 32.09 om den strafferettslige doktrinen og Fienberg [1989] appendiks A om beviskrav. Men se i norsk rett tvl. § 31-3(2), som blokkerer gjenåpning av sivil sak med grunnlag i straffbart forhold tiltalte er frifunnet for (bestemmelsen viderefører tvml. § 412(4)). Motivene til bestemmelsen (lovutkastets § 13-3(2)) er knappe, se NOU 2001: 32 s. 801.

¹⁰⁰ Strprl. § 35(2) jfr domstl. § 12.

¹⁰¹ Strprl. § 35(2).

4. Beslutningsmekanismen ved ankeforhandling med lagrette. Målet på svekkelsen av tiltaltes posisjon

Avgjørelsesmekanismen som prosesslovene etablerer for *bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet* i saker som kommer til ankeforhandling med lagrette (jury) kan presenteres i beslutningstreet i figur 4.1.¹⁰²

I treets rot, det vil si i beslutningsnoden merket **J**, avgjør juryen om nullhypotesen H_0 skal forkastes eller ikke. Forkastes H_0 , følges venstre gren til noden **F'**. Dersom retten (fagdommerne) legger juryens kjennelse til grunn, domfelles tiltalte og terminalnoden \mathbf{df}_{c1} nås. Beslutter retten å sette kjennelsen til side på grunn av bevisbedømmelsen (strprl. § 376c), følges høyre gren til **M'**, der lagmannretten settes som meddomsrett. Her enten domfelles tiltalte og \mathbf{df}_{c2} nås, eller det avsies frifinnelsesdom og \mathbf{ff}_c nås.

Dersom juryen ikke forkaster H_0 , følges høyre gren fra roten til **F**. Hvis retten legger juryens kjennelse til grunn, avsies frifinnelsesdom og \mathbf{ff}_{a1} nås. Dersom retten beslutter tilsidesettelse på grunn av bevisbedømmelsen (§ 376a), settes lagmannsretten som meddomsrett i **M**. Ved domfellelse eller frifinnelsesdom nås henholdsvis \mathbf{df}_a og \mathbf{ff}_{a2} .

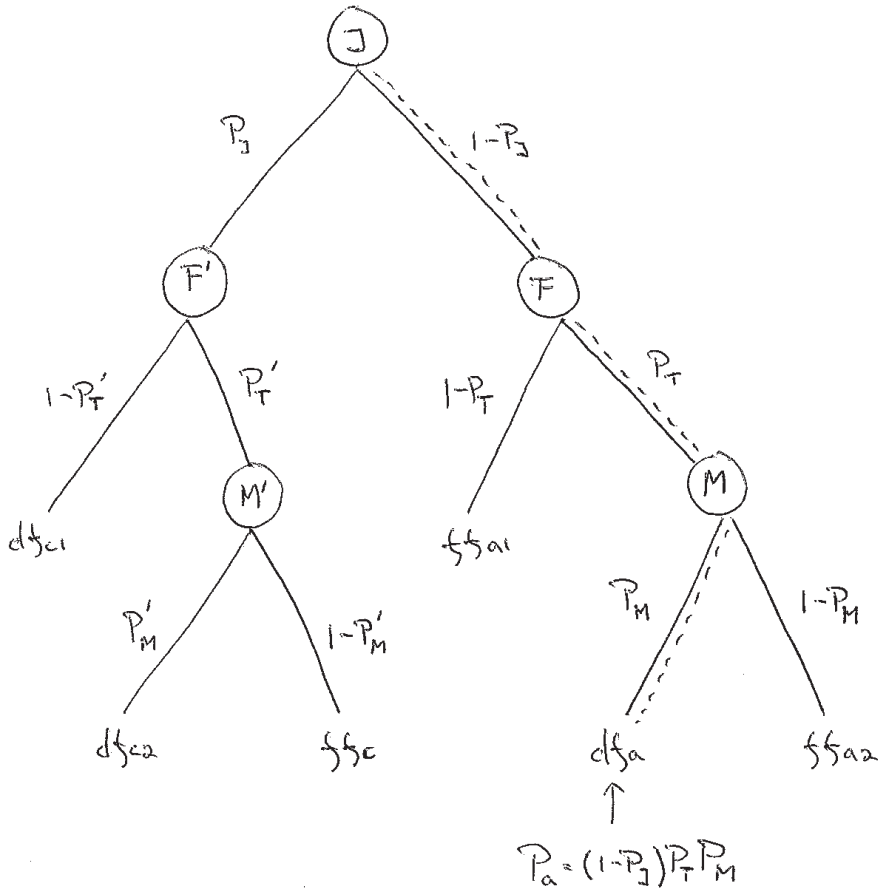
Treets grener kompletteres med sannsynligheter. La P_J benevne sannsynligheten for fellende jurykjennelse. Da nås **F'** med sannsynlighet P_J , og **F** med sannsynlighet $1 - P_J$. P_T' og $1 - P_T'$ benevner henholdsvis sannsynligheten for at retten setter til side og aksepterer lagrettens kjennelse i **F'**; P_T og $1 - P_T$ de tilsvarende sannsynlighetene i **F**. P_M' og $1 - P_M'$ benevner sannsynligheten for at meddomsretten henholdsvis forkaster eller ikke forkaster H_0 i **M'**, og P_M og $1 - P_M$ de tilsvarende sannsynlighetene i **M**.

Veiene (stiene) til terminalnodene representerer alle mulige kombinasjoner av avgjørelser som kan gjøres med hensyn til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Sannsynligheten for hver terminalnode, det vil si sannsynligheten for den sekvens av av-

¹⁰² Her drøftes ikke spørsmålet om hvilke saker som kommer til forhandling med jury. (Fastleggelsen av begrepet 'bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet' er avgjørende for hvilke sekvenser av beslutningsmekanismer som kommer til anvendelse.)

I visse situasjoner vil juryen svare på spørsmål i flere omganger (se avsnitt 9.1 nedenfor). Treet ville også bli mer komplisert dersom vi samtidig betraktet rettsspørsmål og saksbehandlingsfeil. Slike spørsmål tangeres flere steder nedenfor, selv om de ikke er representert i den analytiske modellen (se også avsnitt 1.1 ovenfor).

gjørelser som leder til grenspissen, er gitt ved produktet av sannsynlighetene tilordnet de aktuelle grenene.¹⁰³



Figur 4.1 Avgjørelsesmekanismen for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Målet P_a er sannsynligheten for den stiplede sekvens av hendelser som leder til domfellelse i noden df_a .

Svekkelsen i tiltaltes posisjon som § 376a representerer, er muligheten for domfellelse i terminalnoden df_a . Målet på svekkelsen lar vi derfor være gitt ved sannsynligheten for denne begivenheten. Målet betegnes P_a og er gitt ved $P_a = (1 - P_J)P_T P_M$.¹⁰⁴

¹⁰³ Som forklart i avsnitt 3.2 ovenfor er sannsynlighetene i treet *betingede*, der betingelsen er at den serie av rettsavgjørelser som leder opp til angjeldende gren, er inntrådt. Summen av sannsynlighetene tilordnet terminal-nodene er 1. Treet representerer en såkalt endelig sannsynlighetsmodell (se appendiks A for presiseringer).

Målet angir den ”ytre rammen” for beregning av svekkelsen av tiltaltes stilling: Sannsynligheten for domfellelse i meddomsprosessen veies med sannsynligheten for tilsidesettelse og sannsynligheten for frifinnende jurykjennelse (det er i denne situasjonen mekanismen er aktuell).

I kapittel 5 nedenfor analyseres enkeltkomponentene P_J , P_T og P_M som inngår i målet. P_J er en ”marginal” sannsynlighet, mens P_T og P_M er betingede; henholdsvis sannsynligheten for tilsidesettelse gitt frifinnende jurykjennelse og sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten gitt frifinnende jurykjennelse og gitt tilsidesettelse. At målet definerer *svekkelsen* i tiltaltes stilling (en endringsbetraktning) medfører en betydelig forenkling i forhold til en analyse av nivåer, fordi det dermed kan ses bort fra hva som skjer i ”venstre del” av treet.¹⁰⁵

Tilsidesettelsesmekanismen omtales i bestemt form entall, selv om den i en viss forstand er ”fuzzy”: under invariante voteringsregler (strprl § 35(1) jfr § 372(1)) kan avgjørelser treffes i de individuelle kollektivene dersom ett jurymedlem eller én meddommer og/eller én fagdommer får forfall (domstl. § 15; se nærmere Bøhn [2000] s. 65—70). Vedtaksførhetsregelen må medføre at tilsidesettelse etter § 376a kan skje etter enstemmig beslutning i et kollektiv bestående av *to* fagdommere. Dette betyr at 16 forskjellige sammensatte mekanismer kan virke.¹⁰⁶

I avsnitt 7.6 nedenfor drøftes visse særlige dynamiske aspekter ved den i prinsippet ”uendelige” mekanismen som virket frem til 1990. Den krympede meddomsretten som virket i to-trinnsmekanismen fra 1. januar 1990 til 1. august 1995 kartlegges i avsnitt 5.2 nedenfor.

¹⁰⁴ Mer omstendelig kan vi slutte fra treet at sannsynligheten for domfellelse i en prosess som følger straffeprosessloven kapittel 24 er summen av sannsynlighetene for sluttnodene \mathbf{df}_{e1} , \mathbf{df}_{e2} og \mathbf{df}_a :

$$P_{\text{kap. 24}} = P_J (1 - P_T') + P_J P_T' P_M' + (1 - P_J) P_T P_M.$$

I fravær av § 376a er sannsynligheten for domfellelse (beskjær treet!):

$$P_{\text{kap. 24-a}} = P_J (1 - P_T') + P_J P_T' P_M'.$$

Følgelig kan svekkelsen av tiltaltes posisjon defineres som differansen;

$$P_a \equiv P_{\text{kap. 24}} - P_{\text{kap. 24-a}} = (1 - P_J) P_T P_M.$$

¹⁰⁵ ”Venstre” del av treet, herunder § 376c, får ingen betydning for P_a fordi det ”rettslige eksperimentet” er bortfall av § 376a. Dersom vi hadde betraktet *nivåer* i sannsynligheten for domfellelse eller samtidige endringer i §§ 376a og 376c, ville hele treet få betydning. (Tilsidesettelsesadgang for *fellende* jurykjennelse er imidlertid som nevnt i avsnitt 2.1 ovenfor ”[o]veralt anerkjendt” og en sikkerhetsventil som det neppe er aktuelt å fjerne.)

Sannsynligheten for tilsidesettelse etter fellende jurykjennelse, P_T' , må antas endret i og med plenumsdommen i Rt 2009 s. 750 (12. juni 2009). Noen aspekter ved endringen kommenteres på nivåform i avsnitt 10.2 nedenfor.

¹⁰⁶ Det er to mulige størrelser på juryen, to mulige størrelser på kollektivet som treffer tilsidesettelsesbeslutningen og fire mulige sammensetninger av meddomsretten. Dermed er antallet forskjellige mekanismer $2 \times 2 \times 4 = 16$. En analyse av alternativene kunne være interessant både på nivået for de enkelte kollektivene og for den sammensatte mekanismen.

5. Enkeltkomponentene i dobbeltprosessmekanismen

I dette kapitlet studeres enkeltkomponentene som inngår i det ”ytre” målet på svekkelsen av tiltaltes posisjon P_a som definert i kapittel 4 ovenfor. Sannsynlighetene P_J , P_T og P_M etableres som funksjoner av parameterverdier som beskriver to populasjoner av bevisbedømmere. En sammenligning av juryen og meddomsretten har selvstendig interesse.

5.1 Oversikt. To populasjoner av bevisbedømmere

Vi skal skille mellom bevisbedømmere som er fagdommere og bevisbedømmere som er lekdommere. Betegnelsen lekdommer brukes også om lagrettemedlemmer.

Bevisbedømmere velges fra lagsogns lekdommerutvalg til tjeneste i jury og meddomsrett. Domstoloven kapittel 4 foreskriver loddrekning fra utvalgene. Mekanismen kan antas å approksimere tilfeldig trekning fra en stor populasjon.¹⁰⁷ En tilfeldig valgt lekdommer vil derfor slutte straffeskyld med (konstant) sannsynlighet p lik populasjonsandelen $\frac{\bar{N}}{N}$.¹⁰⁸ Vi definerer en tilsvarende parameter q for fagdommerne, der en populasjonsandel $\frac{\bar{Q}}{Q}$ slutter straffeskyld.¹⁰⁹

Andelene $\frac{\bar{N}}{N}$ og $\frac{\bar{Q}}{Q}$ beskriver (indirekte) sakene som kommer til pådømmelse og evalueringen i henholdsvis populasjonen av potensielle lek- og fagdommere. Basert på de korresponderende input-verdiene p og q , beregnes sannsynligheten for frifinnende kjennelse i juryen, sannsynligheten for tilsidesettelse av fagdommerne i juryprosessen og sannsynligheten for fellende dom i meddomsretten.

Det forutsettes (implisitt) uavhengighet mellom bevisbedømmerne internt i og mellom avgjørelsesmekanisme. Med dette menes at *gitt* antatte fakta og anvendbare rettsregler (som representert ved $\frac{\bar{N}}{N}$ og $\frac{\bar{Q}}{Q}$), påvirker ikke informasjon om en bevisbedømmeres stemmegivning i et kollektiv sannsynligheten for hva en annen bevisbedømmer stemmer i samme eller et etterfølgende kollektiv (se avsnitt 3.2.1 ovenfor).

¹⁰⁷ I 2008 var det til sammen omtrent 6600 medlemmer i seks lagsogn (Arnstad 2008).

Domstoloven § 85 flg. og strprl. § 355 beskriver trekningsmekanismene. Det skal også trekkes fra utvalg av kvinner og menn, og partene har uskytningsrett, se henholdsvis domstoloven § 64 og strprl. § 356. Stratifisert randomisering er viktig, men blir ikke analysert her (se Elster [1989] avsnitt 2.7).

¹⁰⁸ Se avsnitt 3.2 ovenfor og appendiks B.

¹⁰⁹ Utvalgsmekanismer er i mindre grad formalisert for fagdommere enn for lekdommere, se avsnitt 7.4 og 10.1 nedenfor.

Forutsetningen om uavhengighet i avgjørelsesmekanismene kan normativt motiveres av at den trolig ligger nær idealene for den analyserte lovgivning:¹¹⁰ en selvstendig bevisvurdering er en rettssikkerhetsgaranti. I positiv forstand synes en mulighet for avhengighet mellom bevisbedømmerne særlig relevant i meddomretten. I den grad den effektive kollektivtørrelsen reduseres, øker risikoen for type I feil over hele R^I i trinn-to mekanismen og i dobbeltprosessmekanismen.¹¹¹ Dette fanges ikke opp i mekanismen som modelleres.¹¹²

¹¹⁰ Domstoloven § 76 inneholdt inntil en lovendring i 2007 eksplisitt krav til "selvstændighed" for lagrettedømmer og meddommere. Det er i denne sammenheng av interesse at EMD i storkammerdommen *Taxquet v. Belgium* (dom 13. januar 2009 no. 926/05 avsnitt 28) refererer instruksjonen til jurymedlemmene:

"[The law] requires them to ask themselves questions, in silence and contemplation, and to discern, in the sincerity of their conscience, what impression has been made on their rational faculties by the evidence against the defendant and the submissions of the defence [...] it simply asks them this one question, which encompasses the full scope of their duties: 'are you inwardly convinced?'"

Schwartzberg [2011] relaterer uavhengighet til den moderne juryens såkalte "non-situatedness": jurymedlemmene representerer ikke privat kunnskap, jfr. forsåvidt strprl. §§ 305 og 354. ("The choice whether or not to enable deliberation depends upon the extent to which we want individual judgments to be transformed (or, put negatively, to be contaminated) or to remain independent, which in turn depends upon the question of whether the trial conveys all the information necessary for a juror to judge well," s. 3). Referansen skyldes Philippe Urfalino.

Den norske juryen avgjør skyldspørsmålet under et formalisert regime som sikrer at hvert enkelt jury-medlem stemmer over skyldspørsmålet i resultatforstand, og stemmegivningen er hemmelig (om enn kjent internt i juryen).

¹¹¹ En enkel versjon av *avhengighet*, der en bevisbedømmer stokastisk påvirker alle andre ("following the leader") beskrives i Boland [1989], teorem 5a. Tilsvarende mekanismer kan medføre en reduksjon i det effektive antallet kollektivmedlemmer. Dette medfører at S-kurvene i homogene kollektiver med majoritetskrav eller krav til kvalifisert flertall "flater ut". Basert på analysen i avsnitt 3.2 kan det slutes en økning i sannsynligheten for type I feil i hele region R^I for begge typer mekanismer. Majoritetsmekanismer vil få større sannsynlighet for type II feil i hele R^{II} . Mekanismer med krav til kvalifisert flertall vil få en økning i sannsynligheten for type II feil "øverst" i R^{II} , og en reduksjon i type II feil i en interimregion "nederst" i R^{II} .

Sunstein [2000] viser at det kan være forhastet å trekke positive konklusjoner fra adgang (eller plikt!) til rådslagning i kollektiver generelt og domstoler spesielt.

Dersom bevisbedømmerenes avgjørelser var perfekt korrelert, ville det ikke ha noen hensikt å bruke ressurser på kollektive mekanismer.

¹¹² I meddomsretter møter temporære lekdommere fast ansatte fagdommere, som gjennom forbredende saksbehandling har særlig kunnskap i saken. Fagdommere har ansvaret for prosessledelse og har på grunn av mekanismer og incentiver i domstolhierarkiet sterkere interesse i saksutfall og domsutforming enn meddommere. Dette legger til rette for fagdommerdominans (Damaška [1975], del 1).

Muligheten for fagdommerdominans anskueliggjøres av Casper & Zeisel's [1972] anerkjente studium av tyske meddomsretter, henholdsvis den såkalte Schöffengericht (1F-2L), Grosse Strafkammer (3F-2L) og Schwurgericht (3F-6L). Studien fant at "the traceable overall effect of the lay judges on the verdict of the German criminal courts is indeed small" (s. 189). Med hensyn til avgjørelsen av skyldspørsmålet påvirket lekdommerne utfallet i kun 1,4 prosent av alle sakene. I 0,7 prosent av sakene medførte lekdommerdeltakelsen frifinnelse i stedet for domfellelse, i 0,2 prosent domfellelse for et mindre alvorlig forhold. I 0,7 prosent av sakene medførte lekdommerens stemmegivning at frifinnelse ble snudd til domfellelse. Innflytelsen på straffutmålingen var større (se særlig tabell 40).

Ivkovic [2007] gir en oversikt over etterfølgende studier av meddomsretter. Studiene synes kvalitativt å peke i samme retning som Casper og Zeisel's arbeid.

Særlige aspekter ved voteringsregimet i den norske meddomsretten legger til rette for fagdommerdominans: (i) det er åpen felles stemmegivning i meddomsretten (strprl. § 32) (ii) det stemmes ikke formelt dersom rettens medlemmer "straks blir enige om avgjørelsen" (strprl. § 31(1)). Basert på Urfalino [2006,2010] kan (ii) beskrives som som en modell for "apparent consensus", som legitimerer forskjellig grad av innflytelse i beslutningsprosessen (Nordén 2012b).

Mellom kollektive organer (i vårt tilfelle mellom lagmannsrettens to avdelinger i trinn én og mellom disse og meddomsretten i trinn to) følger krav om uavhengighet av bestemmelsene om ”independent and impartial tribunal” i SP art. 14(1) og EMK art. 6(1). I avsnitt 7.4 nedenfor argumenteres det for at signalet om skyld som sendes fra fagdommernes enstemmige tilsidesettelsesbeslutning i trinn én i dobbeltproessen til bevisbedømmerne i trinn to, kan eksponere tiltalte for ytterligere risiko (økt sannsynlighet for type I feil over hele R^I).

Medianlagdømmet hadde primo november 2010 19,5 faste lagdommere.¹¹³ Når fagdommerne velges fra små lagdommer, synes det særlig aktuelt at kollegers bedømmelse av fakta og rettsnormer i den etterfølgende meddomsprosessen påvirkes gjennom både lærings- og lojalitetsmekanismer. Høyesterett har i andre sammenhenger vektlagt muligheten for slike mekanismer (avsnitt 7.4 nedenfor).

Tilsidesettelsesmekanismen legger beslag på seks dommere fra samme lagdømme; tre i juryproessen i første trinn, og tre i meddomsprosessen i annet trinn. Det betyr at den ”mek-

Det tilføyes at norsk lovgivning og norsk rettspraksis synes å *forutsette* at meddommere er særlig påvirkelige. Det vises for eksempel til den asymmetriske behandlingen av de to klassene bevisbedømmere i domstoloven § 41 og strprl. § 350: Ved henholdsvis fortsatt og ny hovedforhandling trekkes nye meddommere, mens fagdommerne beholdes. Under henvisning til forarbeidene heter det i Andenæs [2000b] at ”man har gått ut fra at en fagdommer med sin faglige bakgrunn og erfaring i større grad enn en meddommer vil ha evnen til ved den nye hovedforhandling å se bort fra den tidligere forhandling og de standpunkter han da tok” (s. 88 ang. § 350). En tilsvarende tillit til fagdommerne kommer til uttrykk i Rt 2011 s. 1133 både relativt til ordinære og sakkyndige meddommere. Dommen kommenteres i avsnitt 7.4 nedenfor.

Rt 1999 s. 1512 synes å *forutsette* asymmetri mellom fag- og lekdommere. Hovedforhandling var avsluttet i en skyldankesak i Eidsivating lagmannsrett medio desember 1998. Det ble holdt rådslagning og stemmegivning ultimo desember, men dom først ble avsagt medio mars 1999. Under avstemmingen i desember var en dommerne fraværende. Spørsmålet var om fraværet var en saksbehandlingsfeil som kunne ha påvirket dommens innhold etter strprl. 343(1). Et premiss var at ”den fraværende dommeren var en av fagdommerne i flertallet, at hans standpunkt antakelig var klart for alle dommerne før rådslagningen 29. desember, og at han bekreftet standpunktet etter å ha fått en grundig orientering i begynnelsen av januar om hva som var behandlet i denne rådslagningen” (s. 1514—1516). Førstvoterende uttaler:

[...] skyldspørsmålet ble avgjort med det knappest mulige flertall – fem stemmer, jf. Straffeprosessloven § 35. Slik saken ligger an, er jeg likevel kommet til at fraværet ikke kan ha virket inn på dommens innhold, og jeg ser da ikke tilstrekkelig grunn til å ta stilling til om fraværet skal betegnes som en saksbehandlingsfeil. – Som nevnt var den fraværende en fagdommer som tilhørte flertallet. Det er da for det første vanskelig å tenke seg at det kunne påvirket noen av de øvrige dommere i retning av mindretallets standpunkt om han hadde deltatt i rådslagningen. Når det gjelder det standpunktet som fagdommeren selv inntok, viser jeg til at dommerne hadde drøftet saken flere ganger tidligere, og til at hans standpunkt var klart både før denne rådslagningen og etter at han var grundig informert om hva som skjedde der (s. 1515).

Nygaard [2010] har undersøkt alle skyldavgjørelser i Borgarting lagmannsrett med meddommere i 2005. På bakgrunn av at det var ”enstemmig avgjørelse bare i 52 saker” (s. 204) og kartlegging av dissensforholdet i de øvrige sakene, kan Nygaard ”for min del ikke [...] se at det her er holdepunkter for å hevde at det er fagdommerdominans” (s. 205). Det må analytisk skillles mellom de to klassene bevisbedømmeres bedømmelser og slutninger i utgangspunkt og spørsmålet om dominans (påvirkning) i mekanismen. Vi forstår ikke hvordan Nygård når konklusjonen.

¹¹³ Eidsivating er minst med 13 dommere. Borgarting er størst med 62. (Tallene er basert på domstolenes hjemmesider og inkluderer ikke ekstraordinære dommere.)

niske” avhengigheten som i prinsippet virker ved (tilfeldig) trekning fra en endelig populasjon, kan få reell betydning (avsnitt 3.2.3 ovenfor). Vi har derfor kartlagt effekten av slik avhengighet i dobbeltprosessmekanismen. Beregningene, som det vil være omstendelig å omtale i den løpende teksten, er presentert i appendiks C.

5.2 Sannsynligheten for fellende lagrettekjennelse. Sammenligning med en homogen meddomsrett

Lagretten (juryen) har $n = 10$ medlemmer og voteringsregelen $v_j = v\left[\frac{7}{10}\right] = \frac{7}{10}$, det vil si at syv eller flere stemmer kreves for fellende kjennelse (forkastelse av H_0).¹¹⁴

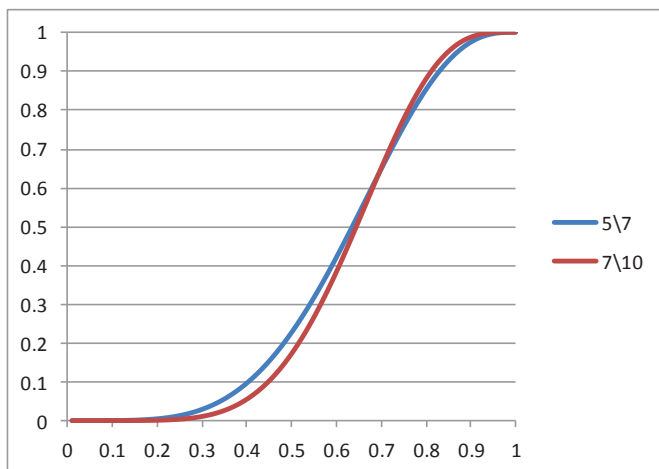
Beregning av sannsynligheten for fellende lagrettekjennelse for en gitt populasjonsandel $\frac{N}{N}$ eller input-verdi p for det enkelte jurymedlem, kan i prinsippet gjøres i en forstørret versjon av figur 3.2 ovenfor. Funksjonen $P_j(\cdot)$ er illustrert i figur 5.1 og noen funksjonsverdier gitt i tabell 5.1.¹¹⁵

I figur 5.1 velges verdier for populasjonsandelen $\frac{N}{N}$ eller p langs den horisontale aksene. Sannsynligheten for forkastelse av H_0 måles vertikalt. 45° -linjen representerer til sammenligning ene-dommeren, som slutter straffeskyld med sannsynlighet lik populasjonsandelen. Den heltrukne S-formede kurven $P_j(\cdot)$ bekrefter kvalitativt resultatene i avsnitt 3.2 ovenfor.

$P_j(p)$ er rimeligvis strengt voksende i p ; desto høyere sannsynlighet for at et tilfeldig valgt jurymedlem svarer ja på skyldspørsmålet, desto høyere er sannsynligheten for fellende kjennelse. For lave p -verdier er sannsynligheten for å bli domfelt i kollektivet *vesentlig* lavere enn for ene-dommeren. Etter hvert som p øker, avtar avstanden mellom 45° -linjen og $P_j(p)$. I $p = 0.732$ skjærer de to kurvene hverandre, og for høyere verdier av p er sannsynligheten for fellelse i juryen høyere enn for ene-dommeren.

¹¹⁴ Strprl. §§ 355(1) og 372(1), 1. punktum.

¹¹⁵ En slik fremgangsmåte er imidlertid ikke praktisk. Figuren ville hatt $2^{10} = 1024$ slutt-noder. Funksjonen $P_j(\cdot)$ er en såkalte (kumulativ) binomiske fordeling, se appendiks B.



Figur 5.1. Sannsynligheten for fellende jurykjennelse og domfellelse i en homogen meddomsrett

Tabell 5.1: Sannsynligheten for forkastelse av H_0 for noen verdier av p .

P	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_J(p)$	0.000	0.001	0.011	0.055	0.172	0.382	0.650	0.879	0.987	1.000
$P_M(p, q) _{p=q}$	0.000	0.005	0.029	0.096	0.227	0.420	0.647	0.852	0.974	1.000
$P_{\frac{3}{5}}(p, q) _{p=q}$	0.001	0.058	0.163	0.317	0.500	0.683	0.837	0.942	0.991	1.000

For ytterligere å anskueliggjøre effekten av det absolutte antallet bevisbedømmere og voteringsregel, foregripes analysen av meddomsretten i avsnitt 5.3 nedenfor. Vi hitsetter som annen linje i tabell 5.1 diagonalelementene i matrisen $[P_M(p, q)]_{(10 \times 10)}$ fra tabell 5.2. Elementene tilsvarende like parameterverdier for lek- og fagdommere i meddomsretten, $p = q$. Det tilsvarende er en situasjon der det ikke er forskjeller mellom populasjonen av lekdommere og fagdommere over universet av mulige saker. En slik meddomsrett tilsvarende funksjonelt sett en jury med syv medlemmer med krav til fem eller flere stemmer for domfellelse, det vil andelskravet $\alpha_M = \frac{50}{70}$ i motsetning til $\alpha_J = \frac{49}{70}$ i jury-prosessen.¹¹⁶ Det er derfor intuitivt nærliggende å anta at de to mekanismene må generere omtrent de samme avgjørelsene. Den vertikale avstanden mellom $P_J(\cdot) = P_{\frac{5}{7}}(\cdot)$ og $P_M(p, q)|_{q=p} = P_{\frac{3}{5}}(\cdot)$ i figur 5.1 viser imidlertid at ved ”lave” p -verdier ($p < 0.695$) er sannsynligheten for å forkaste H_0 høyest i det lille kollektivet til

¹¹⁶ Strprl. §35(1), 1. punktum.

tross for at $\alpha_M > \alpha_J$. Ved ”høye” p -verdier ($p > 0.695$) er situasjonen motsatt. Med opptil 5,5 prosentpoengs differanse (diagonalelementene i tabell 5.3 nedenfor) er forskjellen markert. Analysen av variabel kollektivstørrelse for et gitt andelskrav α i avsnitt 3.2 ovenfor bekreftes.

Eksperimentet er analogisk til problemstillingen i den mye omtalte amerikanske føderale høyesterettsdommen *Williams v. Florida* (1970). Domstolen forsvarte en reduksjon i jurystørrelsen fra 12 til seks som konstitusjonell basert på en heuristisk betraktning om at det under et symmetrisk krav til enstemmighet (det vil si både for frifinnende og fellende kjennelse), ikke er funksjonell forskjell på kollektivene. Walbert [1971] kritiserer rettens begrunnelse basert på samme type modellering som ovenfor (men med en flertallsdynamikk i juryer som initialt ikke er enstemmige basert på Kalven & Zeisel [1966]).¹¹⁷

På grunn av størrelsen genererer juryen lavere sannsynlighet for type I feil enn den homogene meddomsretten over hele R^I . Juryen genererer også lavere sannsynlighet for type II feil for $p > 0.695$.¹¹⁸ I interimregionen $p \in (0.500, 0.695) \subset R^{II}$ gir meddomsretten lavere sannsynlighet for type II feil.

Analysen rasjonaliserer bruk av kvalifisert flertall (i kollektiver som ikke er svært store, sml. Condorcets teorem), og bruk av jury i sakene med høyest straffetruassel. Både kravet til størrelse og kvalifisert flertall bidrar til lavere sannsynlighet for type I feil over hele R^I . Fordelen oppnås på bekostning av høyere sannsynlighet for type II feil i saker der en midlere andel av populasjonen av potensielle bevisbedømmere finner tiltalte skyldig.

Tabell 5.1 inkluderer tall for den ”krympede” meddomsretten (\tilde{M}) som virket i lagmannsretten – herunder etter tilsidesettelse – i perioden 1990—95 (avsnitt 2.1 ovenfor), $P_{\frac{3}{5}}(p, q) \Big|_{p=q}$. Voteringsregelen var et alminnelig majoritetskrav. Dermed var mekanismen symmetrisk om 0.5. Vi kan slutte at \tilde{M} under homogenitetsforutsetningen på grunn av størrelsen og voteringsregelen må ha hatt større sannsynlighet for type I feil over hele R^I enn den ”store”

¹¹⁷ Walbert sammenligner effektivt sett en juryer med tolv og seks medlemmer med et initialt majoritetskrav (samtidig som det justeres for sannsynligheten for en initialt likt delt jury). Kommentarer til dommen fra et representativitets- og variabilitetsperspektiv er gitt i Zeisel [1971]; se også Friedmann [1972]. Problemstillingen har gitt opphav til en omfattende litteratur.

¹¹⁸ $P_J(0.695) = P_M(0.695, 0.695) = 0.636$.

meddomsretten (M). Tabell 5.1 bekrefter dette. Stortinget fant denne mekanismen – også i forhold til jury – ”fullt ut betryggende” (avsnitt 2.2 ovenfor).

5.3 Sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten. Sammenligning med lagretten

Til meddomsretten trekkes fire meddommere og tre fagdommere. Domfellelse krever at fem eller flere forkaster H_0 .¹¹⁹

Utleddning av sannsynligheten for domfellelse som en funksjon av parameterverdier for heterogene populasjoner av lek- og fagdommerne, $P_M(p, q)$, krever en utvidelse av de analytiske standardresultatene som er brukt ovenfor. Problemet er løst i appendiks B. Tabell 5.2 rapporterer sannsynligheten for domfellelse et utvalg (p, q) -kombinasjoner.

P_M er opplagt en voksende funksjon over p, q -planet. Dette betyr økte verdier ”til høyre” langs linjene i matrisen, og økte verdier ”nedover” langs kolonene i matrisen, eller økte verdier ved bevegelse i ”syd-østlig” retning.

Tabell 5.2: Matrisen $[P_M(p, q)]$ gir sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten som en funksjon av p og q .

$q \backslash p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0.000	0.001	0.005	0.012	0.024	0.045	0.077	0.123	0.186	0.271
0.2	0.001	0.005	0.014	0.031	0.060	0.102	0.162	0.244	0.351	0.488
0.3	0.002	0.011	0.029	0.059	0.105	0.169	0.254	0.362	0.495	0.657
0.4	0.005	0.020	0.050	0.096	0.161	0.245	0.350	0.475	0.620	0.784
0.5	0.008	0.033	0.078	0.142	0.227	0.329	0.449	0.582	0.726	0.875
0.6	0.013	0.051	0.114	0.198	0.302	0.420	0.549	0.682	0.814	0.936
0.7	0.020	0.074	0.158	0.264	0.385	0.516	0.647	0.772	0.884	0.973
0.8	0.028	0.103	0.211	0.340	0.478	0.615	0.742	0.852	0.937	0.992
0.9	0.039	0.139	0.275	0.427	0.579	0.717	0.833	0.919	0.974	0.999
1.0	0.052	0.181	0.348	0.525	0.688	0.821	0.916	0.973	0.996	1.000

Det har selvstendig interesse å sammenligne sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten med sannsynligheten for fellende kjennelse i juryen. (Derfor ble den interessante diagonalen i tabell 5.2 kommentert i avsnitt 5.2 ovenfor.) I tabell 5.3 er hvert element i matrisen $[P_M(p, q)]$ i tabell 5.2 fratrukket den korresponderende sannsynligheten for fellelse i juryen, det vil si det l, m -te element (l -te linje og m -te kolonne) i den resulterende matrisen er gitt ved

¹¹⁹ Domstl. § 12(1), 1. punktum og strprl §§ 376a(1), 2. punktum og 35(1), 1. punktum.

$P_M(p_m, q_l) - P_J(p_m)$. Det fremgår at det er betydelig forskjell mellom meddomsretten og juryen for mange parameterkombinasjoner.

Risikoen for tiltalte ved de to mekanismene kan åpenbart ikke rangeres globalt (for alle parameterverdier). I spesialtilfellet der $q = p$ gir meddomsretten som drøftet ovenfor høyere sannsynlighet for domfellelse enn i juryen hvis og bare hvis $p \in (0, 0.695)$. Det fremgår av tabell 5.3 at meddomsretten gir høyere sannsynlighet for domfellelse i alle situasjoner der $q > p$ (se cellene under diagonalen), og i noen situasjoner der $q \leq p$.¹²⁰

Tabell 5.3 Differansen mellom sannsynligheten for slutning om straffeskyld i meddomsretten og lagretten

$q \setminus p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0.000	0.000	-0.006	-0.043	-0.148	-0.337	-0.573	-0.756	-0.801	-0.729
0.2	0.001	0.004	0.003	-0.024	-0.112	-0.280	-0.488	-0.635	-0.636	-0.512
0.3	0.002	0.010	0.018	0.004	-0.067	-0.213	-0.396	-0.517	-0.492	-0.343
0.4	0.005	0.019	0.039	0.041	-0.011	-0.137	-0.300	-0.404	-0.367	-0.216
0.5	0.008	0.032	0.067	0.088	0.055	-0.053	-0.201	-0.297	-0.261	-0.125
0.6	0.013	0.050	0.103	0.143	0.130	0.038	-0.101	-0.197	-0.174	-0.064
0.7	0.020	0.073	0.147	0.209	0.213	0.133	-0.003	-0.107	-0.103	-0.027
0.8	0.028	0.102	0.201	0.285	0.306	0.233	0.093	-0.027	-0.050	-0.001
0.9	0.039	0.138	0.264	0.372	0.407	0.335	0.183	0.040	-0.013	-0.001
1.0	0.052	0.180	0.337	0.470	0.516	0.439	0.267	0.094	0.009	0.000

I situasjonen med to populasjoner av bevisbedømmere, vil vi definere straffeskyld som å gjelde de saker der

$$(**) \quad \frac{\bar{N} + \bar{Q}}{N + Q} > \frac{1}{2},$$

det vil si når flertallet i den samlede populasjonen av potensielle bevisbedømmere finner tiltalte skyldig (se avsnitt 3.2.2 ovenfor for motivasjon og krav på nivået for den enkelte

¹²⁰ Vi vil si at den tilfeldig valgte bevisbedømmer i er "strengere" enn en bevisbedømmer j når andelen som slutter straffeskyld i populasjonen som i trekkes fra er større enn andelen i populasjonen som j trekkes fra.

Vi kan for eksempel tolke cellene i matrisen som ligger "syd-vest" for diagonalen som situasjoner der fagdommerne er "strengere" eller enn lekdommerne.

Vi kan bruke en tilsvarende terminologi om bevisbedømmerkollektivene, men skiller da mellom "lokal" risiko (en gitt parameterkonstellasjon) og "global" risiko (parameterene tillates å variere over et område).

Vi lar leseren velge input-verdier for parametrene $\frac{\bar{N}}{N}$ og $\frac{\bar{Q}}{Q}$, og binder oss ikke til særskilte empiriske antagelser. Med reservasjoner med hensyn til overføringsverdi som nevnt i Casper & Zeisel [1972] s. 192 og Langbein [1981], bemerkes likevel at Kalven & Zeisel's [1966] omfattende studie av fagdommere og lekdommere (basert på *separerte* beslutninger i samme sak), kan tilsi at fagdommere er "strengere" enn lekdommere.

bevisbedømmer). I tabell 5.2 og 5.3 kan vi dermed definere en region \tilde{R}' som bestående av alle kolonnene korresponderende til $p \leq 0.5$ der tiltalte er uskyldig, og en region \tilde{R}'' som bestående av kolonnene korresponderende til $p \geq 0.6$ der tiltalte er skyldig.

Ulikheten (**) partisjonerer (p, q) -planet med separasjonslinjen $q = \frac{1}{2} - \frac{N}{Q} \left(p - \frac{1}{2} \right)$. Dette er en fallende rett linje gjennom $\left(\frac{1}{2}, \frac{1}{2} \right)$. I sakstyper som faller i regionen strengt "nord-øst" for linjen er tiltalte skyldig, og i sakstyper i regionen "sør-vest" for linjen (linjen inkludert) er tiltalte uskyldig. Separasjonslinjen skjærer linjen $q = 1$ for $p = \frac{1}{2} \left(1 - \frac{Q}{N} \right)$ og linjen $q = 0$ for $p = \frac{1}{2} + \frac{Q}{N}$.

For di gjennomsnittslagsognet har 1100 potensielle leddommere og gjennomsnittslagdømmet omtrent 27 dommere, går separasjonslinjen henholdsvis gjennom punktene $(0.49, 1)$ og $(0.52, 0)$. Dette betyr at kolonnene $p = 0, 1$ til og med $p = 0, 5$ i tabell 5.2 og 5.3 kan identifiseres med type I feil, og kolonnene tilsvarende $p = 0, 6$ til $p = 1, 0$ med og type II feil.

Siden separasjonslinjen går gjennom $\left(\frac{1}{2}, \frac{1}{2} \right)$, er $\tilde{R}' = R' = \left[0, \frac{1}{2} \right]$ og $\tilde{R}'' = R'' = \left(\frac{1}{2}, 1 \right]$ når $p = q$ som drøftet i avsnitt 5.2 ovenfor.

Det følger av tabell 5.3 at meddomsretten gir høyere sannsynlighet for type I feil enn juryen over hele \tilde{R}' dersom fagdommerne er like strenge eller strengere enn leddommene.¹²¹

Positive tall i tabell 5.3 betyr i regionen \tilde{R}'' (kolonnene fra og med $p \geq 0.6$) lavere sannsynlighet for type II feil i meddomsretten enn i juryen. Følgelig har meddomsretten lavere sannsynlighet for type II feil i alle situasjoner der $q > p$. Juryen har lavere sannsynlighet for type II feil når $p = q$, $p \in (0.69, 1]$ og når $p > q$.

I appendiks C beregnes sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten når det trekkes fagdommere fra populasjoner på henholdsvis 10 og 20 dommere, og der populasjonene av fag- og leddommere ikke er like.

¹²¹ Meddomsretten gir også høyere sannsynlighet for type I feil i delmengde situasjoner der leddommene er strengere enn fagdommerne, se tabell 5.3.

5.4 Sannsynligheten for tilsidesettelse

Sannsynligheten for at de tre fagdommerne enstemmig forkaster H_0 under en ordinær tolkning av beviskrav er q^3 når fagdommerne trekkes fra en stor populasjon (avsnitt 3.2 ovenfor).

Den nødvendige betingelsen om enstemmighet er imidlertid neppe tilstrekkelig for tilsidesettelse (avsnitt 2.2 ovenfor). Vi lar derfor sannsynligheten for tilsidesettelse være en funksjon også av en tolkningsparameter $\beta \in [0,1]$, som kan representere både høyere terskelkriterier for tilsidesettelse ("utvilsomt") og usikkerhet med hensyn til reguleringen av rettens kompetanseposisjon, $P_T = P(q; \beta) = \beta q^3$. Fordi parameteren inngår multiplikativt kan resultatene som rapporteres i avsnitt 6 nedenfor, justeres ved å multiplisere alle tall med β . En β nær 0 identifiseres med en "streng" tolkning av kriteriene for tilsidesettelse og/eller at retten (med en viss sannsynlighet) ikke har plikt til å sette en "utvilsomt" uriktig kjennelse til side. En "lav" β -verdi er dermed (isolert sett) gunstig for tiltalte.¹²² Sannsynligheten for tilsidesettelse fremkommer for $\beta = 1$ i første linje i tabell 3.2 og figur 3.3 ovenfor.¹²³

Betydningen for tilsidesettelsesbeslutningen av at fagdommerne trekkes fra små populasjoner er drøftet i avsnitt 3.2.3 ovenfor og ivaretas i beregningene i appendiks C.

6. Svekkelsen av tiltaltes posisjon

Det "ytre" målet på svekkelsen av tiltaltes posisjon, $P_a = (1 - P_J)P_T P_M$, gir sannsynligheten for den stiplede sekvensen av hendelser vist i figur 4.1: sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten P_M veid med produktet av sannsynligheten for frifinnelse i juryen $1 - P_J$ og sannsynligheten P_T for tilsidesettelse av kjennelsen.

¹²² Dersom "utvilsomt" som selvstendig krav retter seg til den enkelte bevisbedømmer og ikke til kollektivet som sådant, kan det innføres separate tolkningsparametre for terskelproblematikken og for kompetansespørsmålet, se appendiks B.

Utenfor den analytiske modellen kan det argumenteres for at en "streng" tolkning av kriteriene for tilsidesettelse, som isolert er gunstig for tiltalte, vil sende et sterkere "signal" om skyld til bevisbedømmerne i meddomsprosessen i de tilfellene tilsidesettelse besluttes. Det vil i så fall kunne få en motvirkende effekt på den endelige sannsynligheten for domfellelse, se nærmere avsnitt 7.4 nedenfor.

¹²³ Merk at sannsynligheten for tilsidesettelse vil øke betydelig om en fagdommer får forfall ved "høye" q -verdier på grunn av kollektivets størrelse og kravet til enstemmighet (jfr vedtaksførhetsregelen i domstol. § 15(1)).

På grunnlag av analysen av enkeltmekanismene i kapittel 5 ovenfor, oppnås sammenhengen mellom P_a og populasjonsandelene $\frac{\bar{N}}{N}$ og $\frac{\bar{Q}}{Q}$, som representert ved henholdsvis sannsynligheten for at en tilfeldig valgt lek- og fagdommer forkaster H_0 som gitt ved p og q . I tillegg vil målet være avhengig av tolkningsparameteren β , som fanger opp krav til tilside-settelse ut over enstemmighet blant fagdommerne under et alminnelig beviskrav. Funksjonen betegnes $P_a(p, q; \beta)$.

Dobbeltprosessmekanismen må medføre en svekkelse av tiltaltes posisjon i alle sakstyper: flaten som representerer sannsynligheten for domfellelse (nivåform) får et positivt vertikalt skift over hele (p, q) -planet når $p, q \in (0, 1)$. Skiftet i flaten måles med $P_a(p, q; \beta)$. Vi rapporterer noen funksjonsverdier for dette skiftet i tabell 6.1.¹²⁴

Av analysen i kapittel 5 ovenfor følger at en flerhet av effekter gjør seg gjeldende. Tabell 6.1 gir funksjonsverdier for et utvalg av (p, q) kombinasjoner.¹²⁵ Noen kvalitative konklusjoner kan imidlertid trekkes direkte fra definisjonen av målet P_a .¹²⁶

Tiltaltes posisjon må forverres ved en økning i q for en gitt p (P_a øker): q påvirker ikke sannsynligheten for frifinnelse i lagretten, men øker sannsynligheten for tilsidesettelse (avsnitt 5.4) og sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten (avsnitt 5.2). Dette bekreftes i tabell 6.1, og tilsvarer en bevegelse nedover langs kolonnene.

En ”streng” tolkning av kravene for tilsidesettelse i strprl. § 376a(1), 1. punktum er gunstig for tiltalte: for gitte verdier av p og q medfører en reduksjon av tolkningsparameteren β en proporsjonal reduksjon i P_a (avsnitt 5.4). Leseren kan selv vurdere tolkningseffekter ved å multiplisere tallene i tabell 6.1 med $\beta \in (0, 1)$.

¹²⁴ I kapittel 4 ovenfor er det gjort rede for forenklingen det medfører å betrakte skiftet i flaten fremfor nivå-verdier.

Funksjonen $P_a(\cdot; \beta)$ er gitt i ligning (B.18) i appendiks B. Verdiene i diagonalen i tabell 6.1 fremkommer billedlig slik basert på figur 5.1 og 3.3: For et gitt (p^0, q^0) -par ($(p^0, q^0; \beta^0)$ -trippel) slik at $p^0 = q^0$, multipliser i punktet p^0 avstanden fra 1 til $P_j(\cdot)$ med avstanden fra 0 til funksjonensverdien $P_{\frac{j}{i}}(\cdot)$ og vekt dette produktet med avstanden fra 0 til $P_r(\cdot; \beta^0)$ i q^0 .

¹²⁵

¹²⁶ Kompakt angitt: $P_a(p, q; \beta) = \left(1 - P_j(p)\right) P_r(q; \beta) P_M(p, q)$.

Parameteren p inngår mer komplekst. På den ene siden medfører (for gitte verdier av q og β) en økning i p økt sannsynlighet for domfellelse i meddomsretten, som er ugunstig for tiltalte. På den annen side avtar sannsynligheten for frifinnelse i juryen. Dette gjør at sannsynligheten for situasjonen hvor dobbeltprosessen kan aktiveres, reduseres. Fra et *ex ante* perspektiv reduserer dette risikoen tiltalte eksponeres for.

Den samlede effekten av p på P_a avleses langs linjene i matrisen i tabell 6.1. For en gitt verdi av q (linje) øker P_a først i p , for deretter å avta. Initialt dominerer effekten av den økte sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten, senere dominerer effekten av at frifinnelsene blir færre. Vendepunktet inntreffer desto tidligere desto høyere q . Når q er større enn eller lik 0,7, er forverringen i tiltaltes posisjon størst når p er 0,5, og for lavere verdier av q er den størst for verdier av p omtrent lik 0,6. Vi kan oppsummere med at tilsidesettelsesmekanismen er mest risikabel for tiltalte som er ”på vippen” (eller ligger noe svakere an) relativt til populasjonen av potensielle lekdommere, og at risikoen øker monotont i q (populasjonsandelen av fagdommerne som slutter straffeskyld). For tilstrekkelig høye p -verdier er spiller det liten rolle hva q er: når sannsynligheten for fellende kjennelse i juryen blir tilstrekkelig høy, er tilsidesettelsesscenariet fra et *ex ante* perspektiv irrelevant.

Tabell 6.1. Svekkelsen av tiltaltes posisjon $P_a(p, q; \beta)|_{\beta=1}$ målt som sannsynligheten for den stiplede sekvensen i figur 4.1. Tallene justeres multiplikativt med tolkningsparameteren $\beta \in [0, 1]$.

$q \setminus p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
0.2	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.001	0.000	0.000	0.000
0.3	0.000	0.000	0.001	0.002	0.002	0.003	0.002	0.001	0.000	0.000
0.4	0.000	0.001	0.003	0.006	0.009	0.010	0.008	0.004	0.001	0.000
0.5	0.001	0.004	0.010	0.017	0.024	0.025	0.020	0.009	0.001	0.000
0.6	0.003	0.011	0.024	0.041	0.054	0.056	0.042	0.018	0.002	0.000
0.7	0.007	0.026	0.054	0.086	0.110	0.109	0.078	0.032	0.004	0.000
0.8	0.014	0.053	0.107	0.165	0.203	0.195	0.133	0.053	0.006	0.000
0.9	0.029	0.101	0.198	0.294	0.349	0.323	0.213	0.081	0.009	0.000
1.0	0.052	0.181	0.345	0.496	0.569	0.507	0.321	0.118	0.013	0.000

Tabell 6.1 rapporterer en global *økning* i sannsynlighet for for type I feil. Kolonnene $p \leq 0.5$ tilsvarer regionen \tilde{R}^I .¹²⁷ Tabellen fanger opp den kombinerte effekten av mulighet for

¹²⁷ Reduksjonen i sannsynligheten for type II feil fremkommer i kolonnene $p \geq 0.6$, som tilsvarer regionen \tilde{R}^II .

prøving av faktum i to omganger og overgangen til meddomsrett i trinn to. For mange saks-typer medfører tilsidesettelsesmekanismen en betydelig økning i risikoen for type I feil. Risikoen forsterkes dersom populasjonsandelen av fagdommere som slutter straffeskyld $\frac{\bar{Q}}{Q}$ er høyere en den tilsvarende andelen i populasjonen av lekdommere og jurymedlemmer, $\frac{\bar{N}}{N}$.

Av ”interimanalysen” i avsnitt 5.3 ovenfor følger at den selvstendige betydningen av overgangen til meddomsrett er uklar (av matrisen i tabell 5.2 følger at meddomsretten og lagretten ikke kan rangeres ”globalt”). Men dersom fagdommerne er minst like ”strengt” som lekdommerne ($q \geq p$), er meddomsretten mer risikabel for tiltalte over hele \tilde{R}^I , og for $q > p$ er meddomsretten globalt mer risikabel for tiltalte.¹²⁸

Risikoen for type I feil vil øke dersom dersom *avhengighet* gjør seg gjeldende mellom fag- og lekdommere i meddomsretten. En slik avhengighet vil effektivt redusere antallet bevisbedømmere (se avsnitt 5.1 ovenfor), og medføre en ytterligere svekkelse i tiltaltes situasjon som ikke fremgår av tabell 6.1.

I avsnitt 7.4 nedenfor foreslås at bevisbedømmerne i meddomsprosessen mottar et ”signal” om skyld når retten setter juryens kjennelse til side. En slik læringsmekanisme virker særlig nærliggende for fagdommerene, som kjenner lovens krav og som kan føle seg bundet av lojalitetshensyn. Mekanismen kan illustreres på en enkel måte ved å la verdiene for q i meddomsprosessen være en stigende funksjon av q i juryprosessen. Fordi P_M er en voksende funksjon av q forsterker da – andre forhold like – lærings- eller lojalitetseffekten risikoen som tiltalte utsettes for gjennom bruken av meddomsrett i trinn to i dobbeltprosessen.¹²⁹

I appendiks C beregnes svekkelsen i tiltaltes posisjon når det tas hensyn til den mekaniske betydningen av at fagdommere trekkes fra små lagdømmer.

¹²⁸ Risikoen for type I feil øker faktisk også for noen sakstyper der lekdommerne er strengere enn fagdommerne (se tabell 5.3 ovenfor).

¹²⁹ Under den konkrete mekanismen som illustreres i tabell 7.1 nedenfor, kan det vises at meddomsretten er globalt mer risikabel en juryen for $q \geq p$.

Også med hensyn til lekdommerne kan en også tenke seg en sammenheng mellom de to prosessene, kanskje hovedsakelig basert på ”mekanismer” som omtales i litteratur om dobbeltprosess (for eksempel at aktoratet ”lærer” i første trinn og presenter et bedre saksfremlegg i trinn to), se nærmere avsnitt 7.5 nedenfor.

7. Vurdering og konfrontasjon: folkerettslige krav til prosessordningen

7.1 Innledning

Konvensjonenes krav til prosessordningen ved avgjørelse av straffekrav er strukturert som et overordnet krav til en ”fair trial”, samtidig spesialisert i krav til uavhengige og upartiske domstoler og visse ”minimum guarantees” eller ”minimum rights” m.v., se henholdsvis SP 14 og EMK 6. Eksplisitte forbud mot dobbeltprosess gis i SP 14(7) og i 4P7, sistnevnte som en rettighet som det ikke under noen omstendighet kan derogeres fra.¹³⁰

Overensstemmelse med eksplisitte rettigheter i SP 14, EMK 6 og 4P7 er *nødvendige betingelser* for konvensjonskonformitet. Brudd på én slik betingelse er *tilstrekkelig* til å konstatere brudd.

Oppfyllelse av settet av nødvendige betingelser er imidlertid er ikke tilstrekkelig til å oppfylle det overordnede kravet til prosessordningen. Som presisert av Nowak ad SP,

the right to a fair trial is [...] broader than the sum of these individual guarantees. [...] Thus, although a criminal trial may fulfil all the requirements of Art. 14(2) to (7) and Art. 15, it may nevertheless conflict with the precept of fairness in Art. 14(1).¹³¹

Struktureringen av ”fair trial”-kravene i konvensjonene motiverer disponeringen av argumentasjonen for folkerettsbrudd nedenfor:

I avsnitt 7.2 påstås at 376a bryter med SP 14(7) og 4P7, fordi tiltalte var ”finally [...] acquitted” i konvensjonenes forstand ved avsigelsen av den frifinnende lagrettekjennelsen. I avsnitt 7.3 og 7.4 argumenteres det for at § 376a bryter med retten og adgangen til henholdsvis en uavhengig og upartisk domstol.

Argumentasjonen i avsnitt 7.2—7.4 er tradisjonell i den forstand at hver nødvendige betingelse betraktes i isolasjon. Utviklingen i EMDs rettspraksis illustrerer imidlertid at prosessgarantiene må ses i et overordnet resultatrelativt perspektiv (se særlig avsnitt 7.5.1). Dette oversetter vi til kontroll med type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte). Det betyr at dobbeltprosessforbud må forstås som mer enn tekniske stoppe-regler, og at garantier som krav til en uavhengig og upartisk domstol må sees i sammenheng med utfall, og ikke bare hvordan domstolen fremstår utad (formelle garantier). Dette motiverer integrasjon av den funksjonelle analysen i kapittel 3—6 ovenfor med analyse av prosessgarantiene som elementer i et overordnet

¹³⁰ 4P7 nr. 3 sammenlign EMK art. 15

¹³¹ Nowak [2005] s. 321; tilsvarende Trechsel [2005] 88—88.

”fair trial”-krav. For analysen er visse aspekter ved amerikansk konstitusjonell rett og stor-kammeravgjørelsen *Zolotukhin* av særlig interesse, se henholdsvis avsnitt 7.5.2 og 7.5.3.

Vi argumenterer for at konklusjonen om folkerettsbrudd kan etableres uavhengig av de nødvendige betingelsene – herunder spesialreguleringen i SP14(7) og 4P7 – fordi § 376a kumulativt bryter ”fair trial” krav i SP 14(1) og EMK 6(1) (avsnitt 7.7). I denne sammenhengen er det relevant at forskjellige elementer i dobbeltprosessmekanismen kan forsterke hverandre: den kumulative effekten har selvstendig betydning.¹³² For holdbarheten av påstanden om folkerettsbrudd har derfor den internrettslige forankringen av tilsidesettelsesregimet selvstendig betydning. Forankringen vurderes i avsnitt 7.6.

Normalt vil det være samfall mellom formelle og resultat-relative garantier. Som fremhevet av Jon Elster, med henvisning til arbeider av Kahneman og Tversky m.fl., er imidlertid begreper om prosessuell rettferdighet ”local, context specific and bound up with accidents of history and politics”. Vi slutter oss til Elsters konklusjon om at ”legal and political theory ought to be concerned with aligning process values with substantive values [...]”.¹³³ I avsnitt 7.5 nedenfor tolkes internasjonal rettsutvikling som å reflektere en slik holdning.

7.2 Dobbeltprosess I: prosessuell stoppe-regel

7.2.1 Opptakt

I SP 14(7) og 4P7 foreskrives:

No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings [...] for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

2. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

¹³² Spørsmålet om lokalisering av folkerettsbruddet kan få selvstendig betydning for klasser av tiltalte som har vært utsatt for dobbeltprosess.

¹³³ Elster [1989] s. 121.

Ved en frifinnende *lagrettekjennelse* er tiltalte etter intern rett ikke endelig frifunnet. Frifinnelsen kan først oppnå rettskraft etter at retten har avsagt *dom* – eventuelt satt som meddomsrett etter tilsidesettelse – se strprl. §§ 30 og 376 jfr. 50 og 51(1). Internrettslig legges det til grunn at SP 14(7) og 4P7 forutsetter og viser til begrepet negativ materiell rettskraft (*res judicata*) slik det defineres i norsk rett.

Vi påstår på bakgrunn av *begrepet 'finality'* som utviklet i EMDs praksis (avsnitt 7.2.2) og *strukturen* i intern rett (avsnitt 7.2.3) at en frifinnende lagrettekjennelse er endelig i konvensjonenes forstand relativt til den nye bevisbedømmelse som § 376a tillater. Selv om konvensjonene refererer til intern rett, fastlegges ikke *begrepet 'final acquittal'* basert på den internrettslige klassifikasjonen ("ostensivt"): det ville tømme bestemmelsene for meningsinnhold.¹³⁴ I storkammerdommen *Zolotukhin* fremheves:

The Court reiterates that the legal characterization of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle of *non bis in idem* under Article 4 § 1 of Protocol No. 7. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention [...]. (Avsnitt 52, som viser til en serie avgjørelser.¹³⁵)

7.2.2 Det folkerettslige begrepet 'finally [...] acquitted'

Forholdet mellom 4P7 nr. 1 (forbudt dobbeltprosess) og nr. 2 (tillatelig gjenåpning) leder til definisjonen av 'final' i konvensjonens forstand. Når tiltalte har uttømt rettsmidlene, kan ny prøving av realiteten kun skje basert på *nye* bevis eller ved fundamental svikt i den første rettergangen. (Fundamental svikt i rettergangen og nye bevis faller utenfor situasjonene som studeres her.)

Nikitin v. Russia gjelder en frifinnelse i russisk høyesterett. En slik frifinnelse kunne ifølge russisk straffeprosess gjennom såkalt "supervisory review" innen ett år oppheves av "the Presidium of the Supreme Court" uten at det forelå nye bevis (altså utenfor gjenåpnings-

¹³⁴ Bruken av *benevnelser* i intern rett kan uansett ikke være avgjørende for rekkevidden av dobbeltprosessbeskyttelsen: som fremhevet i for eksempel Trechsel [2005] er bruk av termene "judgement" eller *res judicata* hverken nødvendig eller tilstrekkelig for aktivering av 4P7 (s. 388—390).

¹³⁵ Se også *Salabiaku v. France* (dom av 7. oktober 1988, avsnitt 28): En åpen delegasjon ville "deprive the presumption of innocence of its substance, if the words 'according to law' were construed exclusively with reference to domestic law. Such a situation could not be reconciled with the object and purpose of Article 6 [...], which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law [...]." (Saken gjaldt en straffbarhetspresumsjon i tolloven.)

regler), basert blant annet på ”inconsistency between the facts of the case and the conclusions reached by the court”.¹³⁶ Et viktig aspekt ved mekanismen var at

the power to lodge a request for a supervisory review could be exercised by the Prosecutor General, the President of the Supreme Court of the Russian Federation and their respective Deputies in relation to any judgment other than those of the Presidium of the Supreme Court, and by the Presidents of the regional courts in respect of any judgment of a regional or subordinate court. A party to criminal or civil proceedings could solicit the intervention of such officials for a review.¹³⁷

Presidiet opprettholdt frifinnelsen. Nikitin påstod at selve det faktum hans frifinnelse ble utsett for ”review” var et brudd både på 4P7 og ”fair trial”-kravet i EMK 6(1).

For å ta stilling til spørsmålet om 4P7 kom til anvendelse, måtte EMD vurdere om den russiske høyesteretts første frinnelse var endelig; ”whether there had been a ‘final’ decision before the supervisory instance intervened, or whether the supervisory review was an integral part of the ordinary procedure and itself provided a final decision”.¹³⁸

EMD siterer definisjonen av ”finality” i *Explanatory Report on Protocol No. 7*, hvor etter en avgjørelse (”decision”) er blitt endelig når ”no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies [...]”.¹³⁹ Det heter så:

The Court notes that the procedural law at the time allowed certain officials to challenge a judgment which had entered into force. The grounds for supervisory review were the same as for bringing an ordinary appeal. [...] It appears, thus, that the domestic legal regime in Russia at the time did not regard decisions such as the acquittal in the present case as ”final” until the time-limit for making an application for supervisory review had expired. [...] On such an interpretation, Article 4 of Protocol No. 7 would have no application whatever in the present case, as all the decisions before the Court related to the same, single set of proceedings. However, the Court recalls that a supervisory request for annulment of a final judgment is a form of extraordinary appeal as it is not accessible to the defendant in a criminal case directly, and its application depends on the discretion of authorised officials (avsnitt 38—39; vår utheving).

¹³⁶ Se avsnitt 7.7 nedenfor for en detaljert drøftelse av hjemlene russisk prosess.

¹³⁷ Avsnitt 24; se ellers dommens avsnitt 22—28 og avsnitt 7.7 nedenfor. Presidiet hadde bred kompetanse. Ved siden av å kunne henvise saken til ny domstolsbehandling, kunne det opprettholde eller endre en av de tildligere instansers dommer eller henvise til ny etterforskning.

Den konkrete saken har et dramatisk faktum knyttet til *Kursk*-ulykken og informasjonstilgang, se http://www.bellona.org/subjects/Nikitn_Case_2000 (lesedato: 13. mai 2011).

¹³⁸ Avsnitt 36.

¹³⁹ Rapportens kommentar 22 (som igjen viser til The European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, se *Nikitin* avsnitt 37).

EMD fant derfor at den første frifinnelsen i russisk høyesterett var endelig ("final") i 4P7s forstand.

Dommen er konsistent med tidligere praksis i *sivile* saker under EMK 6(1), som også gjelder opphevelse av dommer ved "supervisory review" i øst-europa. Som presiss for konklusjon om folkerettsbrudd under EMK 6(1), har EMD særlig fremhevet at at avgjørelsene var endelige i den forstand at de ikke kunne angripes av partene selv. Vi viser særlig til særlig storkammerdommen *Brumărescu v. Romania* og til *Ryabykh v. Russia*, som blir omtalt flere steder nedenfor.

Brumărescu gjaldt den rumenske stats nasjonalisering av boligen til klagerens familie i 1950. I 1993 oppnådde klager dom på at boligen skulle tilbakeføres til familien. Avgjørelsen ble ikke anket. En sivilprosessuell regel tillot imidlertid generaladvokaten – som ikke var part i saken – "of his own motion or on an application by the Minister of Justice, [to] apply to the Supreme Court of Justice for any final judicial decision to be quashed [because] the court in question has exceeded its jurisdiction [---]".¹⁴⁰ Storkammeret konstaterte at "the judgement became final and irreversible since it could no longer be challenged by way of an ordinary appeal" (avsnitt 16; vår understrekning).

Ryabykh gjaldt en tilsvarende "supervisory review"-mekanisme i russisk sivilprosess, som tillot "[f]inal judgments, decisions and rulings of all Russian courts [...] be amenable to supervisory review on an applications lodged by the officials listed in [---] The Court notes that the supervisory review of the judgment [...] was set in motion by the President of the Court [...] who was not a party to the proceedings [...]".¹⁴¹

Også forhold til begrepet 'domestic remedies' og beregning av tidsfrister i i EMK art. 35 nr. 1, har EMD funnet at "supervisory review" i russisk sivilprosess og straffeprosess representerer ekstraordinære rettsmidler.¹⁴²

7.2.3 Strukturen i intern rett

¹⁴⁰ Dommens avsitt 31.

¹⁴¹ Avsnitt 31 og 54.

¹⁴² "[E]xtraordinary remedies, the use of which depends on [...] discretionary powers of [...] and do not therefore constitute effective remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention" (avvisningsavgjørelse i den sivile saken *Tumilovich v. Russia* 22. juni 1999 (no. 47033/99) s. 3). Om straffeprosess: "[A] supervisory-review complaint is akin to an application for retrial and similar remedies which should not normally be taken into consideration as a remedy" (avvisningsavgjørelsen *Berdzenishvili v. Russia*, 29. januar 2004 (no. 31697/03) s. 6).

Straffeprosessloven 1887 benytter ikke *rettskraftterminologi*, men forutsetter et slikt begrep. At avgjørelser tillegges ”rettskraft (*ne bis in dem*)” begrunnes av Hagerup dels med hensynet til domstolenes autoritet, og dels med hensynet rettssikkerhet ”hvis mangel vilde være særlig følelig for en tiltalt, saafremt han naarsomhelst måtte være forberedt paa en ny straffefølgning i anledning af samme forhold.”¹⁴³ Videre:

Den avgjørelse, der skal kunne hindre en ny rettsfølgning om samme sag, maa være en endelig dom [- -] eller – endnu korrektere, ti dommens ydre form kan det her ikke komme an paa – afgjørelsen af selve spørsmålet om tiltaltes skyld eller uskyld med hensyn til en bestemt forbrydelse. (S. 16, vår uthevning.)

Straffeprosessloven 1887 tillot gjenåpning av ”upaankelig Dom” hvis det forelå nye bevis.¹⁴⁴ Det fulgte at ”[d]a nu nye beviser angaaende skyldspørsmålet aldrig kan gjøres gjældende gjennom anke til høiesteret, kan det ikke, hvor begjæringen om gjenoptagelse støttes paa saadanne, komme i betragtning, at fristen for anke til høiesteret endnu ikke er udløben”.¹⁴⁵

Straffeprosesslovkomiteen konstaterte en praksis i tråd med Hagerups beskrivelse og fant – fordi det ikke kan ankes over lagmannsrettens bevisbedømmelse under skyldspørsmålet – ”en slik ordning naturlig og praktisk, men den bør gis klar lovhjemmel [...]”.¹⁴⁶ I straffeprosessloven 1981 – som benytter rettskraftterminologi – er rettskraft en nødvendig betingelse for gjenåpning, § 389(1), 1. punktum. Det gjelder imidlertid ett unntak fra denne regelen: ”Er dommen avsagt av lagmannsretten og den omfatter bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, kan saken gjenåpnes selv om dommen ikke er rettskraftig” (§ 389(1), 2. punktum).

I relasjon til gjenåpningsreglene har følgelig intern rett med hensyn til avgjørelsen av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet betraktet ikke rettskraftige avgjørelser som endelige siden før 1933. Dette følger av logikken i situasjonen: tiltalte kan ikke selv angripe realitetsavgjørelsen. I plenumsdommen Rt. 2002 s. 557 (*Dobbelstraff I*) uttaler førstvoterende:

At nasjonale regler må være utgangspunktet for når rettskraften inntreer, er klart. Som påpekt er det her vi finner regler om anke eller klage og om frister mv. Noe ganske annet ville det være å la nasjonale regler være avgjørende for omfanget av vernet mot dobbeltfølgning etter artikkel 4 i Protokoll 7. En

¹⁴³ Hagerup [1905] s. 15; fotnoter utelatt.

¹⁴⁴ Strprl. 1887 §§ 413, 414 nr. 2 og 415 nr. 1.

¹⁴⁵ Hagerup [1905] s. 297.

¹⁴⁶ *Inntilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteén* (Oslo 1969) s. 341.

slik ordning vil bryte med konvensjonens grunnleggende prinsipp om effektiv beskyttelse av de rettigheter som konvensjonen garanterer individene i medlemsstatene.¹⁴⁷

7.2.4 Vurdering og konklusjon

EMD fant gjennom fastleggelsen av begrepet 'finality' i de sivile sakene *Brumărescu* og *Ryabykh* at "supervisory review" brøt "the principle of legal certainty" beskyttet av EMK 6(1) som et element i "the rule of law", se avsnitt 7.5.1 nedenfor (og om adgangen og retten til en uavhengig domstol i avsnitt 7.3 nedenfor). *Nikitin* kunne derfor vanskelig ha kommet til en annen konklusjon med hensyn til fastleggelsen av finality i 4P7 i forhold til "supervisory review" i en *straffesak*. 4P7 ble introdusert for å styrke tiltaltes rettigheter.¹⁴⁸ Fastleggelsen av 'finality' i 4P7 i *Nikitin* bryter det som ellers en fra et rettssikkerhetsmessig synspunkt ville være en sirkulær henvisning til nasjonal rett.¹⁴⁹

Storkammerdommen *Zolotukhin* – "the locus classicus as regards interpretation of the *ne bis in idem* principle"¹⁵⁰ – gjentar definisjonen av 'finality' i *Nikitin* ("when no further ordinary remedies are available [...]") og en "approach [...] well entrenched in the Courts Case law", under henvisning til "'final' within the autonomous meaning of the Convention".¹⁵¹ Med hensyn til grensene mot gjenåpning uttales:

Decisions against which an ordinary appeal lies are excluded from the scope of the guarantee contained in Article 4 of Protocol No. 7 [...]. On the other hand, extraordinary remedies such as a request for reopening of the proceedings [...] are not taken into account for the purposes of determining whether the proceedings have reached a final conclusion. Although these remedies represent a continuation of the

¹⁴⁷ Avsnitt 8.

I plenumsdommen i Rt. 2005 s. 833 påpekes at EMK 6(2)'s "according to law" ikke er en åpen delegasjon til intern rett under henvisning til *Salabiaku v. France* (se særlig avsnitt 51—52 og 72).

¹⁴⁸ *Explanatory Report No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, særlig kommentar 1—3.

¹⁴⁹ Vi drøfter andre aspekter ved *Nikitin* i avsnitt 7.5.3 og 7.7 nedenfor.

¹⁵⁰ *Tomasovic v. Croatia* dom 18. oktober 2011 (no. 53785/09); concurring opinion.

¹⁵¹ *Zolotukhin*, henholdsvis avsnitt 107—109; vår uthevnig.

Vi viser også til at EMD i *Zolotukhin* siterer EU domstolen i den såkalte PVC II-saken (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and others v. Commission*, dom 15. oktober 2002): the principle of *non bis in dem*, which is a fundamental principle of Community law also enshrined in Article 4(1) of Protocol No 7 of the ECHR, precludes, in competition matters, and undertaking from being found guilty or proceedings from being brought against it a second time on grounds of anti-competitive conduct in respect of which it has been penalised or declared not liable by a previous unappealable decision (*Zolotukhin* avsn. 35, vår understrekning).

Se Wils [2003] (særlig s. 141—142) for en interessant diskusjon av dommen (EU kommisjonen kunne ikke på ny legge en ponal avgift etter Art. 81 eller 82 EC når den første ileggelsen var opphevet av domstolene på grunn av manglene bevis). Wils begrunner skillet mellom "finality" og gjenåpning som fastlagt i 4P7 (nye omstendigheter eller bevis) med funksjonelle betraktninger som er kjent fra amerikansk rett.

first set of proceedings, the "final" nature of the decision does not depend on their being used. (Avsnitt 108; vår utheving).

Dobbeltprosessmekanismen i *Nikitin* og overprøvingene i russisk og rumensk sivilprosess som drøftet ovenfor, er ikke fullt selvutløsende: For det første initierer ikke domstolen selv forkastelsen av den frifinnende avgjørelsen. Beslutning om tilsidesettelse treffes av en forsterket utgave av samme instans (som i *Nikitin*: presidiet i høyesterett) eller av et hierarkisk overordnet organ. For det annet ville tiltalte ved en *fellende* avgjørelse i første trinn kunne ha forespurt – om enn ikke hatt rettskrav på – overprøving. De øst-europeiske mekanismene har i denne forstand flere likhetstrekk med en regulær ”vertikal” anke-mekanisme. Det ble på tross av dette konstatert ”finality” fordi EMD ”not accepted that supervisory review is an effective domestic remedy in either the civil or the criminal contexts”.¹⁵²

I den selvutløsende ”horisontale” dobbeltprosessmekanismen som § 376a etablerer, er det de samme fagdommerne som overvåker bevisbedømmelsen i trinn én, som på eget initiativ og helt selvstendig tar stilling til spørsmålet om tilsidesettelse (tiltalte har ikke engang adgang til å uttale seg om rettens beslutning, § 376a(3) 1. punktum). Dersom juryens kjennelse hadde vært fellende, ville tiltalte ikke hatt noen ”remedies” overhodet med hensyn til bevisbedømmelsen (med mindre betingelsene for gjenåpning hadde foreligget). I relasjon til gjenåpningsreglene behandler intern rett avgjørelsen av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet som endelig før rettskraft oppnås.

Vi konkluderer på bakgrunn av EMDs praksis og strukturen i intern rett og at en frifinnende lagrettekjennelse konstituerer en ’final decision’ i 4P7s forstand: En ny vurdering av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet etter avsagt frifinnende kjennelse er kun tillatt hvis betingelsene for gjenåpning i 4P7 nr. 2 foreligger. Vi antar at den samme konklusjonen må holde for SP 14(7). I overgangen til analysen i avsnitt 7.5 nedenfor fremheves at formålet med instrumentene tilsvarer samme løsning.¹⁵³

¹⁵² Sitat fra *Nikitin* avsnitt 39, som eksplisitt henvist til i *Zolotukhin* avsnitt 108.

¹⁵³ Jfr forsåvidt Wienkonvensjonen om traktatretten av 23 mai 1969 art. 31(1). (Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men prinsippet må være uttrykk for bindende folkerettslig sedvanerett, se for eksempel International Law Commission [2006] avsnitt 427.)

Samme konklusjon synes å følge direkte av AMK art. 8 nr. 4. “An accused person acquitted by a *non-appealable* judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause” (vår utheving). Se også Davidson [1998] s. 243 og 253—254.

7.3 Retten og adgangen til en uavhengig domstol

VE art. 10, SP art. 14(1) og EMK art. 6(1) foreskriver en uavhengig og upartisk domstol. Det er for formålet her ikke nødvendig å skille skarpt mellom disse begrepene (terminologien er heller ikke stabilisert på feltet). Fordi tilsidesettelsesmekanismen i § 376a potensielt kommer til anvendelse i alle saker som behandles med jury, baseres drøftelsen på strukturelle aspekter. I strukturelle aspekter inkluderes hvordan avgjørelsesmekanismene *fremstår*¹⁵⁴, men det primære perspektivet må være hvordan de virker (avsnitt 7.1 ovenfor jfr 7.5.1 nedenfor).

Kravet til uavhengighet innebærer at avgjørelser, med unntak for bruk av ordinære rettsmidler, må være bindende for andre beslutningsmekanismer og organer.¹⁵⁵ Når en avgjørelse er blitt endelig ("final") i betydningen som fastlagt i avsnitt 7.2 ovenfor, kan den ikke tas opp til ny vurdering uten å ramme avgjørelsesmekanismens uavhengighet eller ekistens [!]: I stor-kammeravgjørelsen *Brumărescu* (som er sentral med hensyn til flere dimensjoner ved krav om rettslig sikkerhet, se avsnitt 7.5.1 og 7.7 nedenfor), fremholdes:

When a legal system accords a court the power to issue final judgements but then allows its decisions to be annulled by subsequent procedures, not only does legal certainty suffer, but the very existence of that court is called into question since, in essence, it has no power at all definitively to determine a legal issue. It is, therefore, disputable whether a person going before such a court to have his dispute determined is, in real terms, enjoying the right to a court and of access to a court.¹⁵⁶

Perspektivet ble følges opp i *Ryabykh*:

The Court reiterates that Article 6 § 1 [---] embodies the "right to a court" [...]. However, that right would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. [...] The Court considers that the right of a litigant to a court would be equally illusory if a Contracting State's legal system allowed a judicial system which had become final and binding to be quashed by a higher court on an application made by a State official. By using the supervisory review procedure to set aside the judgment [...], the Presidium of the Belgorod Regional Court infringed the principle of legal certainty and the applicant's "right to a court"

¹⁵⁴ "[J]ustice must not only be done, it must also be seen to be done" (Harris *et al.* [1995] s. 235). Se tilsvarende Ovey & White [2006] s. 181; Van Dijk [2006] s. 616. Vi viser også til EMDs dom *Ekeberg and Others v. Norway* kommentert i avsnitt 7.4 nedenfor og aspekter ved "an objektive test" i *Meznaric v. Kroatia* omtalt i Skoghøy [2009].

¹⁵⁵ Se tilsvarende Trechsel [2005] (s. 49—50 og 114—116 generelt og s. 383 i forbindelse med dobbeltprosess).

¹⁵⁶ Concurrent opinion av dommer Rozakis (vår uthevning); se tilsvarende concurrent opinions av dommerne Bratza og Zupančič.

under Article 6 § 1 of the Convention. There has accordingly been a violation of that Article. (Avsnitt 55—58.)

I likhet med i de folkerettsstridige ”supervisory review”-mekanismene i russisk og rumensk sivilprosess, foretas ikke den nye bevisbedømmelsen under § 376a etter partenes rettergangsskritt. I motsetning til i de øst-europeiske mekanismene, er det fagdommerne i juryprosessen som selv tar initiativ til og autonomt overprøver juryens avgjørelse (avsnitt 7.2 ovenfor og 7.5 nedenfor). Retten utøver en kompetanse som Høyesterett ikke kunne ha hatt. Utøvelsen gir samme instans en ny mulighet for domfellelse i en rekonfigurert – for tiltalte trolig mer risikabel – beslutningsmekanisme (kapittel 5 ovenfor og avsnitt 7.4 nedenfor).

Bruken av heterogene mekanismer i denne ”horisontale” tilsidesettelsesordningen forsterker i særlig grad svekkelsen av juryens legitimitet og autoritet – og dermed avgjørelser som ellers oppnår rettskraft.¹⁵⁷ Skulle det innfortolkes en rimelig mening i § 376a, måtte det være som beskyttelse mot uheldige ”jurytrekninger”; at lagretten i en konkret sak av tilfeldige årsaker er blitt besatt av et stort antall dysfunksjonelle bevisbedømmere. Det logiske måtte da være å trekke en ny jury, slik ordningen var frem til 1990. Når lagmannsretten i trinn to settes som en meddomsrett, sendes det ikke bare et signal om at det er noe galt med en konkret jury (trekning), men om at det er strukturelle feil med juryen som bevisbedømmermekanisme. Ved innføringen av meddomsretten som trinn-to mekanisme het det: ”Dette er saker som allerede er behandlet av lagmannsretten og hvor opphevelsen av juryens kjennelse trekker i retning av at saken egner seg bedre for meddomsrett”.¹⁵⁸ Meddomsrett som trinn-to mekanisme harmonerer ikke med utformingen av lovens rettmiddelsystem ellers: Ved bevisanker styrkes domstolen gjennom sammensetningen, og jury benyttes i de mest alvorlige sakene (strprl. § 332(1) og kapittel 24).

¹⁵⁷ I motivene til straffeprosessloven av 1887 ble spørsmål om ”Institutionens Anseelse” kunne svekkes reist angående tilsidesettelse av *av fellende* lagrettekjennelse på grunn av bevisbedømmelsen (s. 84 i *Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager med Motiver*, Kristiania 1886, som er vedlagt og i all hovedsak direkte lagt til grunn for Ot prp nr 1 (1887) *Angaaende Udfærdigelse af en Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager.*) Hagerup [1905] fremhever hensynet til domstolenes autoritet som en begrunnelse for at en ”upaaankelig dom” ikke kan omgjøres (s. 15). Hensynet til kontrollen med type I feil går foran utfra grunnleggende avveininger bak institusjonene (se for eksempel *Explanatory Report to Protocol No.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, kommentar 31 i.f.).

¹⁵⁸ Innst O nr 106 (1988—89) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m m (skjerpete strafferammer for voldsforbrytelser, straff for innførsel av pornografi, styrking av domstolenes fagkyndighet i saker om økonomisk kriminalitet, raskere behandling av straffesaker m m)*, 1. spalte s. 5 (se kapittel 2 ovenfor).

Det selvutløsende (endogene) spranget til en ny mekanisme synes å kunne utfordre kravet til en domstol ”established by law” SP 14(1), EMK 6(1). Her forfølges ikke denne problemstillingen.

Fagdommernes tilsidesettelseskompetanse ("vetorett") kan åpne for *strategisk interaksjon* mellom retten og juryen på en måte som utfordrer kravet til uavhengighet. Ved innføringen av tilsidesettelsesmekanismen ble det fremholdt at den "ville skjerpe lagrettemennenes ansvarsfølelse" (avsnitt 2.1 ovenfor). Senest i plenumsavgjørelsen Rt. 2009 s. 750, som redefinerer straffeprosesslovens kompetansesystem (avsnitt 10.2.2 nedenfor), fremheves tilsidesettelsesordningene som én av "en rekke mekanismer som skal sikre at lagretten treffer sin avgjørelse etter en samvittighetsfull prøving av bevisene".¹⁵⁹

Risiko for uheldig interaksjon mellom retten og juryen kan også ses i sammenheng med rettens adgang til å kreve ny juryavstemming over uendrede spørsmål (strprl. § 374) eller rettens adgang til å stille juryen nye spørsmål (strprl. § 375), samtidig som adgangen til å (re)vurdere spørsmål om tilsidesettelse er i behold. Det samme gjelder det betingede begrunnelseskrav som er blitt stilt til juryens fellende kjennelse i nyere rettspraksis. Disse spørsmålene drøftes kapittel 9 nedenfor.

Vi konkluderer at tilsidesettelsesmekanismen er i strid med retten og adgangen til en uavhengig domstol.

7.4 Krav til en upartisk domstol

Krav til en upartisk domstol er en sentral *resultat-relatert* rettssikkerhetsgaranti.¹⁶⁰ En side ved uskyldspresumsjonen som knytter an til samme garanti, er tiltaltes beskyttelse mot skyldkonstaterende utsagn *før* avgjørelsen av skyldspørsmålet.¹⁶¹

Ved tilsidesettelse sendes et sendes et *særlig skarpt signal om skyld* til bevisbedømmere i den etterfølgende prosessen – kanskje spesielt til fagdommerne, som har detaljkunnskap om lovens betingelser:

¹⁵⁹ Dommens avsnitt 67—68.

I Rt 2010 s. 865 fremholdes som en "positiv konsekvens av at de tre fagdommerne alene begrunner bevisvurderingen er at dette kan gi en ytterligere sikkerhet for at det foretas en samvittighetsfull og reell prøving av spørsmålet om tilsidesettelse av lagrettens kjennelse [...]" (avsnitt 42).

¹⁶⁰ Tilfeldig trekning av dommere er en viktig mekanisme for å sikre upartiskhet, se Elster [1989] avsnitt 2.7 og avsnitt 3.2 og 5.1 ovenfor.

Det er usikkert hvilken status slike prinsipper har i konvensjonene, se Aall [1995] s. 171. Det er svakheter i intern rett på dette punktet, se avsnitt 10.1 nedenfor.

¹⁶¹ Se generelt for eksempel Trechsel [2005] 163—164 og Pedersen [2006].

- kravene til tilsidesettelse er vesentlig strengere enn kriterier for domfellelse i første instans fordi § 376a krever enstemmighet (sml. strprl. §§ 35(2) og 276(1)), se om sannsynligheten for slutning av straffeskyld under $v\left[\frac{2}{3}\right]$ kontra $v\left[\frac{2}{3}\right]$ i avsnitt 3.2 ovenfor
- betingelsene er trolig strengere også ved kravet til utvilsomhet og gjennom ”kan”-markøren, se avsnitt 2.2 og 2.3 ovenfor
- signalet blir desto sterkere desto strengere kriteriene for tilsidesettelse oppfattes som tolket og praktisert av domstolene (i avsnitt 5.4 og kapittel 6 ovenfor representert ved en lav β -verdi)
- fordi tilsidesettelsesbeslutninger ikke begrunnes kan signalet om skyld ikke imøtegås av tiltalte i trinn to¹⁶²

Relevansen av nyanser på betingelsessiden for *signal om skyld* fremgår av EMDs dom av 31. juli 2007 i saken *Ekeberg and Others v. Norway*. Norge ble enstemmig dømt for ”impartiality” fordi en av fagdommerne i juryprosessen hadde deltatt i et fengslingskjøremål forut for hovedforhandling. EMD gikk nøye inn på graden av skyldkonstatering og studerte en finmasket norsk rettspraksis i detalj. (Betydningen av funksjonsfordelingen i lagmannsretten drøftes i avsnitt 7.7 nedenfor.)

Som dokumentert i den konvensjonsstridige avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1269 finnes en omfattende norsk høyesterettspraksis basert på EMDs dom i saken *Hauschildt v. Denmark*.¹⁶³ Det følger av denne praksisen at dommere som før hovedforhandling i *meddomsrett* har deltatt i avgjørelse om varetektfengsling med hjemmel i strprl. § 172, er inhabile etter domstl. § 108. Det samme gjelder *rettens formann* når lagmannsretten settes med jury (Rt. 1996 s. 261). Rt. 2003 s. 1269 gjaldt habiliteten til de *øvrige fagdommerne* i juryprosessen i samme situasjon. Høyesterett fant at disse dommerne var habile. I alle dommene stod mistankegraden som kreves sentralt i Høyesteretts argumentasjon (”forhold som i særlig grad stryker mistanken” i § 172 vs. ”skjellig grunn” i § 171(1)). Dette signalet om skyld fant imidlertid EMD for sterkt.

¹⁶² I Rt. 2010 s. 606 hadde Ankeutvalget i forbindelse med spørsmål om begrunnelse av tilsidesettelsesbeslutning, foranledning til å drøfte avhengighet mellom kollektivene. Utvalgets drøftelse fremstår som formell: ”Det må [...] være en forutsetning for å kreve at prosessuelle avgjørelser skal begrunnes, at avgjørelsen inngår som ledd i den saksbehandling som leder til domfellelse, og som på den måten er med på å danne grunnlag for denne. En beslutning om å tilsidesette en frifinnende lagrettekjennelse innebærer at saken skal behandles på ny for andre dommere [...]. Lagmannsrettens tilsidesettelsesbeslutning vil således ikke være med på å danne grunnlag for en eventuell ny domfellelse, som i tilfelle fullt ut må bygge på den nye behandlingen.”

¹⁶³ Dom 24. mai 1989.

Med hensyn til resespsjonen av signalet om skyld, synes lovgiver og rettspraksis selv å forutsette at meddommere er særlig mottagelige (se avnitt 5.1 ovenfor).¹⁶⁴ Vi skal her likevel ha fagdommere i fokus som hovedkanal for signalet. Dette skyldes at det for denne klassen bevisbedømmere i tillegg til muligheten for læring, også eksisterer en nærliggende mulighet for *lojalitetsbånd*. Dette er særlig aktuelt i små lagdommer (medianlagdømmet har 19,5 faste dommere, se avsnitt 5.1 ovenfor) og kanskje særlig når førstelagmannen har deltatt i tilsidesettelsesbeslutningen.¹⁶⁵

At en saken etter tilsidesettelse går for samme domstol står i kontrast til internrettslige ordninger ellers som skal ivareta hensynet til upartiskhet. Vi kartlegger denne kontrasten, da den i seg selv er egnet til å minne om risikomomenter ved § 376a. Samtidig kan den særlige fremgangsmåten etter tilsidesettelse få selvstendig betydning i argumentasjonen for folkerettsbrudd fordi den demonstrerer ordningens svake forankring i intern rett (avsnitt 7.6 nedenfor).

Domstolsloven § 119 gir adgang til overføring til sideordnet domstol når det reises habilitetsinnsigelse mot ”alle eller de fleste dommere ved en domstol” (1. ledd, 2. punktum). Domstoloven § 38 gir en tilsvarende hjemmel når ”særlige grunner gjør det påkrevd eller hensiktsmessig” (1. ledd, 1. punktum). Hensyn som ivaretas av disse bestemmelsene, beskyttes ikke i den foreliggende sammenhengen: Det må forutsetningsvis kreves noe mer for overføring til en sideordnet domstol enn en henvisning til at lovens normalordning er uheldig (stikkord: *lex specialis*).¹⁶⁶

Se til illustrasjon Rt 2007 s. 841: I 2002 fant juryen i *Borgarting* lagmannsrett tiltalte skyldig i drap. Reaksjonsfastsettelsen ble fastsatt til 21 år forvaring med ti års minstetid ved Høyesteretts dom i Rt. 2003 s. 1788. I 2006 besluttet Kommissjonen for gjenopptakelse av straffesaker gjenåpning. Den gjenåpnede saken gikk ved *Eidsivating* lagmannsrett. Juryen i Eidsivating besvarte skyldspørsmålet

¹⁶⁴ Meddommere til prosess to vil kunne trekkes fra et annet lagsokn (en annen trekningskrets) og rettsstedet kan eventuelt også flyttes (domstoloven §§ 86(3) og 18(2)). Men det må forventningsvis spesielle omstendigheter til for at lovens normalordning fravikes (se om den analoge situasjonen for fagdommere rett nedenfor).

¹⁶⁵ Begge argumentene ble forgojeves anført av forsvaret i Rt 2007 s. 841 (ad førstelagmannens rolle, se til sammenligning om Rt 1196 s. 261 og Rt 2003 s. 1269 rett nedenfor).

Rt 2003 s. 1588 gjelder avgjørelsen av en anke i Høyesterett i en straffesak der en av høyesteretts dommere var den fornærmede. Det ble anført i anken til Høyesterett at samtlige høyesterettsdommere var inhabile. I avdeling kom Høyesterett enstemmig til at inhabilitet ikke forelå. Førstvoterende fremhevet at ”Høyesterett er med sine nitten dommere en relativt stor domstol, der det kollegiale forhold ikke i seg selv fører til nære relasjoner. [...] I en tilsvarende habilitetsvurdering for dommere i tingretter og lagmannsretter kunne det nok argumenteres med at man er på et område hvor det er grunn til å være forsiktig, og at det vil innebære små ulemper å overføre saken til en sideordnet domstol” (avsnitt 12 og 13).

¹⁶⁶ Se for restriktive avgjørelser i denne retning Rt. 1998 s. 487 og Rt. 2002 s. 839.

benektende. Retten satt den frifinnende jurykjennelsen til side etter § 376a. Overføring til *Agder* lagmannsrett ble nektet, og tiltalte ble av meddomsretten i Eidsivating dømt til samme forvaringsstraff som i den gjenåpnede dommen (LE-2006-116860).

Som nettopp illustrert skjer ved *gjenåpning av straffesak* ny behandling ved en lagmannsrett med tilgrensende rettskrets som pekes ut av Høyesteretts ankeutvalg, eller ved en annen domstol som ikke har tilgrensende rettskrets.¹⁶⁷ At denne mer betryggende ordningen ikke gjelder etter tilsidesettelse av frifinnende kjennelse fremstår som merkelig av to årsaker. (i) Saker som gjenåpnes er typisk, om enn ikke definatorisk¹⁶⁸, klarere separert i tid enn saker som behandles på ny etter tilsidesettelse. (ii) En sak kan kun gjenåpnes med hensyn til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet dersom det foreligger ”nye opplysninger eller bevis” (strprl. § 393(1) nr. 2). Å nå et annet resultat under den nye behandlingen innebærer derfor ikke nødvendigvis kritikk av den gjenåpnede avgjørelsen.¹⁶⁹ Men lovgiver har valgt å involvere Gjenopptakelseskommisjonen, fordi ”jo større distanse mellom dem som har avsagt dommen og dem som skal vurdere gjenopptakelse, desto mindre grunnlag er det for å hevde at en forutinntatt holdning kan telle med i avgjørelsen. Sviktende tillit er uheldig selv om premissene som tillitssvikten bygger på, er uriktige.”¹⁷⁰

Straffeprosessloven § 400 har blitt brukt *analogisk* ved ny behandling i lagmannsretten etter gjenåpning av avgjørelse i *kjæremålsutvalget* eller i *ankeutvalget*. I HR-2007-2164-U avsluttet Kjæremålsutvalget i saken *Ekeberg and Others v. Norway* omtalt rett ovenfor at den nye behandlingen i lagmannsretten skulle flyttes fra Borgarting til Eidsivating selv om ”§ 400 ikke uttrykkelig regulerer et tilfelle som dette [det var kjæremålsutvalgets avgjørelse som ble gjenåpnet]” fordi ”hensynet til domfældtes tillit til den nye behandling og sammenhengen i reglene tilsier at en ny lagmannsrett utpekes” (avsnitt 5).¹⁷¹

¹⁶⁷ Strprl. § 400(1) og (2).

¹⁶⁸ Dom avsagt av lagmannsretten som omfatter bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, kan som drøftet i avsnitt 7.2.2 ovenfor gjenåpnes selv om den ikke er rettskraftig.

¹⁶⁹ ”[D]erfor er der intet til hinder for, men meget mere endog det naturligste, at prøvelsen af det nye materiale foretages af den samme ret, der før har dømt i sagen, medens ved de andre retsmidler den omstændighed, at rigtigheden af den ældre afgjørelse i forhold til selve dens grundlag angribes, netop medfører, at prøvelsen maa foregaa af en anden, regelmæssig af en stærkere besat domstol” (Hagerup [2005] s. 218; fotnote utelatt.) Tilsvarende Tvistemålsutvalget (NOU 2001: 32) 2. spalte s. 438.

¹⁷⁰ Ot prp nr 70 (2000—01) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (gjenopptakelse)* s. 26.

¹⁷¹ For andre eksempler på analoge anvendelser i enstemmige Ankeutvalg, se for eksempel Rt 2010 s. 1489 avsnitt 35 og HR-2010-2187-U avsnitt 8.

Også *sivile saker* gjenåpnes nå for sideordet domstol med tilgrensende rettskrets, se tvl. § 31-3(3). Tvistemålsutvalget fremhevet i denne forbindelse at "[o]verprøving av rettsavgjørelser bør som en alminnelig ordning fortrinnsvis skje ved en annen domstol enn den som først traff avgjørelsen. En endring av prosessordningen for straffesaker med den begrunnelse som gis for reformen [kommisjonsbehandling og sideordnet domstol], vil i seg selv være egnet til å svekke tilliten til den någjeldende behandlingsordning for sivile saker."¹⁷²

Det har i lys av EMDs praksis skjedd en generell skjerpning av krav til dommers habilitet, særlig særlig basert på objektive og ytre forhold.¹⁷³

I Rt 2000 s. 1891 var aktor i en sak som skulle behandles med jury i lagmannsretten, utnevnt til dommer i samme lagmannsrett (Gulating). Aktor ville imidlertid først tiltre som dommer etter at saken ville være ferdigbehandlet.¹⁷⁴ Det var ikke reist inhabilitetsinnsigelse. Under henvisning til sakens art, betydning, og domstolens størrelse, kom flertallet til at samtlige dommere i Gulating ville være inhabile om statsadvokaten skulle opptre som aktor i saken.¹⁷⁵

Når lagmannsretter forsterkes med *tilkalte* dommere fra tingrettene i lagdømmet tilkalles ikke kolleger av "dommere fra den tingrett som har behandlet saken i første instans" (domstoloven § 10(2)i.f.). Innføringen denne rekrutteringsbegrensningen var en konsekvens av Justisdepartementets kunnskap om "at det forekommer tilfelle der herreds- og byrettsdommere blir tilkalt til lagmannsretten [...] selv om førteinstansbehandlingen av vedkommende sak gikk for den tilkalte dommers egen domstol. [...] [D]epartementet mener at ordningen er uheldig ved at den kan gi grobunn for spekulasjoner om dommernes uavhengighet."¹⁷⁶

Rt 2010 s. 1601 gjelder om begrensningen omfattet dommere som har sin faste embedsstilling ved en sideordnet domstol i første instans, men som har en løpende konstitusjon ved den tingrett som har behandlet saken i første instans. Flertallet fant i denne *sivile* saken at slik krysskonstituering ikke ble rammet av § 10(2)i.f. fordi "lovgiver gjennom be-

¹⁷² NOU 2001: 32. 1. spalte s. 439.

¹⁷³ Førvoterende i dommen av 22. desember 2010 nevner presiserer at "fokus på denne typen inhabilitets-spørsmål er blitt sterkere" (avsnitt 41). Det vises generelt til en finmasket praksis som omtalt i Skoghøy [2009].

¹⁷⁴ Kjæremålsutvalget besluttet behandling i avdeling etter lov 25. juni nr. 2 § 6(2).

¹⁷⁵ Dissens 3—2. Flertallet viser til en serie tidlige avgjørelser.

Med 33 faste dommere er Gulating Norges nest største lagmannsrett (<http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Gulating-lagmannsrett/Om-Gulating-lagmannsrett/>; lesedato 9. november 2009).

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.16 (1988-1989) *Om lov om endringer i straffeprosessloven m.m (nådesøknad, herreds/byrettens kompetanse i straffesaker, påtaleunntatelse, foreldelse av straffansvaret for foretak, fengsling på lørdager m.m)*

stemmelsen i § 10 annet ledd siste punktum først og fremst har tatt sikte på å hindre at dommeravgjørelser overprøves av dommerkollegaer man har et løpende arbeidsfellesskap og daglig faglig og sosialt samkvem med” (avsnitt 31). Dette hensynet gjorde seg ikke like skarpt gjeldende ved krysskonstitusjon. De to dissenterende dommerne la under henvisning til forarbeidene til grunn at bestemmelsen var ment å ha en videre rekkevidde enn inhabilitetsreglene og mente at dommen måtte oppheves). Både flertallet og mindretallet understreket betydningen av en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad overfor partene og allmennheten (avsnitt 33 og 47).

Den sivile saken i Rt 2011 s. 1133 gjelder en lignende situasjon, men der dommeren hentet fra den underordnede domstolen var *konstituert i lagmannsretten* for en periode på omtrent 10 måneder da saken ble behandlet der. (Dommeren virket i tingretten da den ankede dommen ble avsagt.) En enstemmig Høyesterett fant § 10(2) måtte tolkes antitetisk: den rammet ikke konstituerte dommere. Men etter en detaljert gjennomgang av rettspraksis og hensynene bak § 10(2), som ”gjør seg langt på vei gjeldende også i tilfeller hvor en konstituert lagdommer skal være med å overprøve en avgjørelse truffet av en kollega i den domstolen hvor han har sin faste tilknytning”, sluttet førstvoterende på vegne av flertallet at ”konstituerte dommere fra tingrettene er inhabile som dommere [iflg. domstolloven § 108] ved overprøving av saker som ble behandlet ved tingretten da vedkommende tjenestegjorde der” (avsnitt 26 og 28).

Rt 1997 s. 1318 gjelder også uavhengighet mellom instansene. En oppnevnt fagkyndig meddommer i første instans hadde kontorfellesskap (”Psykologservice”) med oppnevnt fagkyndig meddommer i annen instans. En enstemmig Høyesterett uttalte (s. 1321):

Det er et åpenbart krav at som springer ut av domstolenes instansrekkefølge at saken skal bli gjenstand for en ubundet prøving i høyere instans. Et ledd i dette er at dommere i en konkret sak ikke har en forbindelse til hverandre som hindrer denne ubundne prøving, eller som av partene eller andre er egnet til å oppfattes slik. Det er dette hensynet som er grunnlaget for bestemmelsen i [domstolloven] § 106 nr 9, og som også kan inngå som en del av det generelle prinsipp i § 108.

Av hensyn til den alminnelige tillit til dommers uavhengighet besluttet Høyesterett enstemmig å oppheve dommen og hovedforhandlingen uten å gå inn på detaljer i organiseringen av kontorfellesskapet eller eller den ene partens fremhevelse av at psykologer har taushetsplikt.

§ 376a-mekanismen fremstår utad som identisk med tilkallelsesordningen og ordningen med konstituerte dommere i lagmannsretten; i sistnevnte tilfelle når konstitusjonsperioden går mot varigheten for individuelle saker.¹⁷⁷ Særlige omstendigheter kjennetegner imidlertid en tilsidesettelse i forhold til ordinær, hierarkisk overprøving. Høyesterett har i tillegg argumentert for at habilitetskrav kan være strengere i straffesaker enn i sivile saker.¹⁷⁸ Den finmaskede internrettslige utviklingen synes å måtte ha ”svekke[t] tilliten til den någjeldende behandlingsordning”.

Internrettslig synes oppmerksomhet rundt strukturell habilitetsproblematikk i liten grad rettet mot betydning for utfall: fokus er på hvordan forhold fremstår ”utad” og på å hindre ”spekulasjon” om uheldige bindinger, se til illustrasjon avsnitt 18—28 i Rt 2011 s. 1133. Annenvoterende uttaler: ”Både for tilkalte og konstituerte lagdommere gjelder at det ikke generelt er grunn til å frykte at arbeidsfelleskapet i tingretten de kommer fra påvirker hvordan de dømmer i ankesaker. Men vurderingen av hvordan forholdet kan fremtre utad overfor partene og allmennheten, jf. blant annet Rt-2010-1601, faller etter min oppfatning annerledes ut for konstituerte dommere enn for tilkalte. [...] [E]n embedsdommer er gjennom sitt arbeid vesentlig mer trent i å være objektiv og uavhengig enn en sakkyndig meddommer” (avsnitt 40 og 42).

Uttalelsene forsterker systemforutsatt forståelse av fagdommeres særlige kvaliteter (jfr avsnitt 5.1 ovenfor, herunder om strprl. § 350). Påstandene er imidlertid problematiske som deskriptive utsagn, og reduserer rettssikkerhetsgarantiene til skuebrød. EMD vil trolig ikke akseptere en så nominell holdning til garantiene – ”appearance of justice should not be the main determinant of institutional practice”.¹⁷⁹

For å eksemplifisere hvordan muligheten for avhengighet mellom trinnene gjennom lærings- eller lojalitetseffekter kan forsterke effekten av dobbeltprosessen, har vi gjort noen enkle beregninger. For enkelthets skyld forsettes at signalet om skyld kun virker gjennom fagdommerne og et ”stort” lagdømme.

¹⁷⁷ Det blir i dette tilfellet en hårfin nyanse mellom forankring i § 10(2) og domstoloven § 108. Førstvoterende i Rt 2011 s. 1133 fremhevet at dommerens konstitusjon var ”relativt kortvarig” og at ”han etter endt konstitusjon skulle tilbake til sitt faste arbeidssted” (avsnitt 26).

¹⁷⁸ I vurdering av habilitet etter domstoloven § 108 ”må sakens karakter og alvor tillegges vekt. Av hensyn til partenes og allmennhetens tillit til domstolene er det viktig å unngå at det kan reises tvil om habiliteten til de dommere som deltar i pådømmelen av straffesaker [...]. Dette gjelder ikke minst i straffesaker for lagmannsretten som settes med lagrette [...]” (Rt 2003 s. 1514 avsnitt 9).

¹⁷⁹ Elster [1989] s. 115.

Det skilles da mellom parameterverdier $\frac{\bar{Q}}{Q}$ i juryprosessen og i den etterfølgende meddomsprosessen (M), $\frac{\bar{Q}^M}{Q}$. Med tilfeldig trekning defineres q som i kapittel 5 og 6 ovenfor, og $q^M = \frac{\bar{Q}^M}{Q}$ (øvrige forutsetninger opprettholdes). Målet på svekkelsen av tiltaltes situasjon som er gitt ved:¹⁸⁰

$$P_a(p, q, q^M; \beta) = (1 - P_j(p)) P_r(q; \beta) P_M(p, q^M).$$

En enkel lærings- eller lojalitetsmekanisme uttrykkes ved at andelen fagdommere som slutter straffeskyld er en stigende funksjon av andelen i juryprosessen. Siden P_M er en voksende funksjon av q (q^M), medfører dette globalt økt sannsynlighet for domfellelse i trinn to. Det betyr en økning i sannsynligheten for type I feil over hele \tilde{R}^I . I tabell 7.1 presenteres beregninger for én funksjonen, $q^M = \sqrt{q}$.¹⁸¹

Tabell 7.1: Svekkelsen i tiltaltes posisjon under en enkel lærings- eller

lojalitetsmekanisme $P_a(p, q, q^M; \beta) \Big|_{\substack{q^M = \sqrt{q} \\ \beta=1}}$

$q \backslash p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
0.2	0	0	0.001	0.001	0.001	0.001	0.001	0.001	0	0
0.3	0	0.001	0.003	0.004	0.006	0.006	0.005	0.002	0	0
0.4	0.001	0.004	0.008	0.013	0.017	0.018	0.013	0.006	0.001	0
0.5	0.003	0.010	0.020	0.032	0.041	0.040	0.029	0.012	0.001	0
0.6	0.006	0.021	0.042	0.065	0.081	0.079	0.054	0.022	0.003	0
0.7	0.011	0.040	0.079	0.120	0.146	0.138	0.093	0.036	0.004	0
0.8	0.020	0.070	0.137	0.204	0.243	0.225	0.149	0.057	0.006	0
0.9	0.033	0.115	0.223	0.326	0.381	0.346	0.223	0.083	0.009	0
1.0	0.052	0.181	0.345	0.496	0.569	0.507	0.321	0.118	0.013	0

Beregningene er gjort under den forutsetning at fag- og legdommeres stemmegivning i meddomsretten er uavhengig. Dersom avhengighetsforhold gjør seg gjeldende internt i meddomsretten slik at den effektive størrelsen synker, vil risikoen for type I feil øke ytterligere (avsnitt 5.1 ovenfor).

¹⁸⁰ Korresponderende endringer i ligning (B.18) i appendiks B.

¹⁸¹ I dette spesialtilfellet kan det vises at meddomsretten globalt er mer risikabel for tiltalte enn juryen når $q \geq p$.

Det særlige signal om skyld som forbinder de to (heterogene) mekanismene i dobbeltprosessen, kan øke sannsynligheten for domfellelse og dermed sannsynligheten for type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte). Mekanismen kan passende betegnes som en “structural impartiality”, som antas å være i strid med krav til en uavhengig og upartisk domstol (se avsnitt 7.7 nedenfor).¹⁸²

7.5 Dobbeltprosess II: fundamental dynamisk beskyttelse

7.5.1 Innledning

I beslutningsmodellen for avgjørelse av straffekravs faktiske side er det bygget inn flere garantier til tiltaltes fordel, som kan ses som virkemidler til å ivareta et ledende hensyn: kontrollere risikoen for type I feil (domfellelse av uskyldige). Flere asymmetrier, som beviskrav og aspekter ved uskyldspresumsjon, retter seg til den enkelte bevisbedømmer.¹⁸³ Krav til panelstørrelse og voteringsregler, har avgjørende betydning for omfanget av både type I og type II feil (kapittel 3 og 5 ovenfor).

Ved delte domstoler, gjelder det samme mekanismer som gir fagdommerne rett til å frifinne eller tilsidesette fellende kjennelser av rettsgrunner og/eller bevisgrunner.¹⁸⁴ I rettsordener som tillater gjenåpning til skade for tiltalte, stilles typisk strengere vilkår enn for gjenåpning til gunst for tiltalte.¹⁸⁵ Krav til uavhengighet og upartiskhet kan også forstås i et resultatrelativt perspektiv (avsnitt 7.3 og 7.4 ovenfor).

Krav til kontroll med type I feil må følgelig anses innebygget i den rettslige beslutningsmodellen for straffekrav og kommer til uttrykk i fundamentale ”fair trial” eller ”due

¹⁸² Betegnelsen ”structural impartiality” er lånt fra Trechsel [2005] s. 76.

¹⁸³ Det viktigste aspektet ved presumsjon for uskyld (VE art. 11(1), SP art. 14(2) og EMK art. 6(2)) gjelder grunnlaget for avgjørelsen av realiteten, eller det som i litteraturen også kalles et resultat-relatert aspekt ved garantien (Trechsel [2005], særlig avsnitt 7.2). Uskyldspresumsjonen har i denne forstand forbindelser til andre aspekter ved en ”fair trial”.

Det kan antas at uskyldspresumsjon innebærer beviskrav; se for eksempel Weissbrodt [2001] s. 56 og 114; Trechsel [2005] s. 163—164; Van Dijk et al. [2006] s. 625—626 og Harris et al. [1995] s. 244. Menneskerettskomiteen har uttalt at ”[b]y reason of the presumption of innocence[...] the accused has the benefit of doubt. No guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt” (CCPR General Comment No. 13, Para. 7, April 13th, 1984). (Se avsnitt 8.3.2 nedenfor om den internrettslige forståelsen av EMK art. 6(2).)

¹⁸⁴ Såkalt directed verdict of acquittal. I norsk sammenheng, å frifinne av rettsgrunner strprl. §376b(2), jfr forsåvidt §§ 362(1) og 286; å avsi dom etter mildere hjemmel § 376b(3); eller tilsidesette fellende jurykjennelse av bevisgrunner med etterfølgende ny sak som prøver realiteten, §§ 376c og 376d.

Flere bevisregler til tiltaltes fordel gir først og fremst mening i konteksten av delte domstoler (”bifurcated tribunals”), se generelt Damaška [2007].

¹⁸⁵ I norsk rett henholdsvis strprl. §§ 393(1) nr 2 og 391(1) nr. 3.

process”-bestemmelsene i universelle traktater som VE og SP, og i sentrale regionale traktater som EMK og Den amerikanske menneskerettskonvensjonen (AMK) m.fl.¹⁸⁶

Oppmerksomheten i konvensjonspraksis og europeisk rettslitteratur har imidlertid inntil nylig vært rettet mot det vi kaller *statiske krav* til beslutningsmodellen. Usikkerhet konseptualiseres – inntil *Zolotukhin* – enten som å gjelde strukturen til materielle normer (et *ex ante* perspektiv) eller som å gjelde spørsmålet om eksistens av en teknisk stoppe-regel (et *ex post* perspektiv).

Den første dimensjonen kan kalles norm-basert rettslig usikkerhet og drøftes i EMDs plenumsavgjørelse *Sunday Times v. United Kingdom*:

[T]he law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. [A] norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able [...] to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.¹⁸⁷

Den andre dimensjonen uttrykker et krav til innretningssikkerhet og knyttes til det prosessuelle begrepet *res judicata*: på et eller annet tidspunkt må sekvensen av beslutninger stoppe. I storkammeravgjørelsen *Brumărescu*, som gjelder sivilprosess, uttales:

The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares [...] the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, *inter alia*, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question.¹⁸⁸

Denne siden ved kravet til rettslig forutberegnelighet er som drøftet i avsnitt 7.2 og 7.3 ovenfor knyttet til begrepet ’finality’ og adgangen og retten til en uavhengig domstol.

¹⁸⁶ American Convention on Human Rights (San José, Costa Rica, 1969). Se Harris & Livingstone [1998] for en oversikt over konvensjonen og dens organer.

¹⁸⁷ Dom 26. april 1979, avsnitt 49. Domstolen var (treffende!) splittet 11—9.

¹⁸⁸ Avsnitt 61; vår understrekning.

I *Ryabykh* fant EMD at en tilsvarende prosedyre i russisk sivilprosess ”infringed the principle of legal certainty [...] under Article 6 § 1 of the Convention” (avsnitt 57).

På samme måte har de *straffeprosessuelle* dobbeltprosessreglene i SP 14(7) og 4P7 fremstått som formelle stoppe-regler.¹⁸⁹ EMDs dommer har i stor grad beskjeftiget seg med den tekniske betydningen av begrepet 'finality'. Et *ex post* perspektiv preger både dommer og analysen av rettsnormene i litteraturen. For eksempel heter det i Van Bockels [2010] monografi om dobbeltprosess i EU rett (på tross av inngående drøftelse av bakgrunnen for *Zolotukhin*):

Out of the *ne bis in idem* provisions [...] only Article 54 CISA requires that if a penalty has been imposed, 'it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced' [...]. The enforcement of the penalty is therefore a condition for the application of the *ne bis in idem* principle contained in that provision. It is remarkable that Articles 4P7 ECHR, 14(7) ICCPR, and 50 of the Charter do not require that the penalty has been enforced, but nothing is known of the specific reasons, if any, for this omission (s. 49).

Også Trechsel [2005], som omtaler de to dimensjonene av rettslig usikkerhet¹⁹⁰, fremhever at

[protection against double jeopardy] is not a guarantee which requires a specific quality of the trial, but leads to the consequence that there should be no trial at all in specific circumstances.

Han mener derfor at dobbeltprosessforbud ikke er en naturlig del av et overordnet "fair trial" krav som fastlagt i *Brumărescu*, men mer presist et krav til en *uavhengig* domstol.¹⁹¹

Et tilsvarende skille mellom "the ideals of material justice and the security of Law" oppstilles i Spinellis [2002] angående globale instrumenter, herunder SP 14(7):

[I]t is remarkable that the [SP 14(7)] does not demand in case of conviction that the sentence has been enforced or that it is being enforced. (S. 1153.)

In the *res judicata*, the tension and antagonism between the ideals of material justice and the security of Law are apparent and sometimes acute. In criminal justice systems, this institution appears mainly in its negative form, i.e. its blocking effect, known under the principle of *ne bis in idem* and similar principles existing in various jurisdictions. In the solutions given to them, the security of law is usually the prevailing goal, while the aim of achieving material justice manifests itself in the extent of the application of the main principle and exceptions provided to it. (S. 1149; fotnoter utelatt).

¹⁸⁹ Se ad SP Nowak [2005] p. 302—357. Se ad 4P7 *Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Strasbourg: Europarådet 1985), særlig kommentar 29 jfr kommentar 22; Van Dijk *et al.* [2006] kapittel 28; og Johansen [2008], særlig kapittel 1.

SP art. 14(7) er ikke meningsstom hva gjelder skranker for gjenåpning, mens situasjonen er mer uavklart hva gjelder EMK (se f.eks. diskusjonen i Ovey & White [2006] s. 174—175).

Se avsnitt 7.6 nedenfor om den internrettslige oppfatningen av bestemmelsene.

¹⁹⁰ S. 385. Under kapitteloverskriften "Miscellaneous Elements of Unfairness" (s. 114-115).

¹⁹¹ S. 114—116, se avsnitt 7.3 ovenfor. Van Bockel [2010] synes å være av samme oppfatning (s. 26).

Under *usikkerhet er følgen* av beslutningsmekanismer viktig. Dette er demonstrert i kapittel 4—6 ovenfor. Dobbeltprosessregler i konstitusjonell amerikansk rett gjelder ikke bare lengden av sekvensene av rettslige beslutninger, men har implikasjoner for den innbyrdes sammenheng mellom mellom elementene i sekvensene som går langt utover rollen som stoppe-regel. Forbudet i Femte grunnlovstillegg gir tiltalte beskyttelse som er vesentlig mer omfattende enn spørsmålet om “there should be [a] trial at all in specific circumstances”, se avsnitt 7.5.2 nedenfor. Dobbeltprosessforbud og mer generelt ”fair trial” krav er fremmede i en kontinental og øst-europeisk tradisjon fordi beslutninger i stor grad har kunnet gjentas.¹⁹²

Brumărescu og *Ryabykh* peker etter vårt skjønn likevel mot en mer grunnleggende forståelse av dobbeltprosessregler i en europeisk sammenheng. Et avgjørende steg synes å være tatt i og med storkammerdommen *Zolotukhin*. Lest i et funksjonelt perspektiv og sett i sammenheng med fastleggelsen av begrepet ’finality’ som drøftet i avsnitt 7.2 ovenfor, synes dommen å måtte få implikasjoner som peker utover allerede betydelige virkninger av fastleggelsen av begrepet ’offence’ i 4P7. (Ved å ekskludere rettslig karakteristik som identitetskriterium for straffekrav, har dommen utvidet klassen av situasjoner hvor ny forfølgning er forbudt.)

Vi antar at *Zolotukhin* gir et selvstendig grunnlag for å slutte at den norske tilside-settelsesmekanismen er i strid med 4P7 (avsnitt 7.5.3). Dommen bringer aspekter ved amerikanske og europeiske dobbeltprosessregler nærmere hverandre. (Den sistnevnte problemstillingen kan bare tangeres; se herunder i kapittel 9 og 10 nedenfor.¹⁹³)

7.5.2 Aspekter ved dobbeltprosessforbudet i amerikansk konstitusjonell rett

Amerikansk rett har hatt en særlig betydning for utformingen av folkerettsinstrumentene.¹⁹⁴

Beskyttelse mot dobbeltprosess (“double jeopardy”) er forankret på føderalt konstitusjonelt

¹⁹² Se generelt Damaska [1975,1986]. (“The ready availability of appellate review has bequeathed many legacies to all continental procedures. [I]t explains so many puzzling technical contrasts between Anglo-American and continental procedural arrangements. Where judicial decisions are normally subject to reconsideration, it is quite natural to postpone their finality and execution until the ordinary means of supervisory review have been exhausted. In this situation, however, the appellate process becomes a continuation of trial adjudication. Consider the immediate impact of this development on notions of double jeopardy: If an appeal is part and parcel of one single proceeding, jeopardy must be regarded as continuing until the termination of the entire criminal case” [1975], s. 490—491; fotnoter utelatt.)

¹⁹³ Spørsmål knyttet til transnasjonal anvendelse av prinsippene (korresponderende til anvendelse mellom stater i USA eller mellom stater og føderale myndigheter) drøftes ikke.

¹⁹⁴ Se Weissbrodt [2001] og Nowak [2005].

nivå. Settene av rettsprinsipper som samles i begreper om dobbeltprosess er flere med forskjellige begrunnelser og funksjoner. Det heter i Femte grunnlovstillegg:¹⁹⁵

[N]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.

Vi begrenser omtalen av de de sidene ved tiltaltes beskyttelse som gjelder gjentatt *prosess* i forbindelse med *frifinnende* kjennelse (general verdict of acquittal) avsagt av *jury*. Med unntak av drøftelsen i kapittel 9 nedenfor, kommenteres stort sett ikke aspekter knyttet til rettsprosmål og saksbehandlingsfeil ("tiltaltes vertikale beskyttelse") utover å påpeke at logikken bak dobbeltprosessreglene tilsier og har betydning for utformingen av rettsmiddelsystemet (særlig påtalemyndighetens adgang til anke). Det samme gjelder adgangen til gjenåpning til skade for tiltalte.¹⁹⁶

Et fundamentalt hensyn bak dobbeltprosessreglene er formulert i den mye siterte høyesterettsdommen *Green v. United States* fra 1957:

[T]he State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby [...] *enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty* (vår uthevnning).¹⁹⁷

Av risikomomenter som identifiseres i litteraturen om dobbeltprosess kan nevnes at aktoratet lærer av tidligere sak, at tiltaltes motstandskraft brytes ned og at påtalemyndigheten får en mer velvillig jury: den nye saken er "not simply what the first should have been."¹⁹⁸ Det kanskje viktigste argumentet, den selvstendige betydningen av at *bevisbedømmelsen skjer på ny* som analysert i kapittel 6 ovenfor, formuleres ikke alltid like klart i litteraturen som i *Green*.¹⁹⁹ Et unntak er Comment [1965];

¹⁹⁵ Bestemmelsen gjelder direkte kun den føderale jurisdiksjonen. Men gjennom 14. grunnlovstillegg gis bestemmelsen anvendelse på delstatene. Flere delstater har forøvrig dobbeltprosessregler i egne konstitusjoner eller beskyttelse gjennom common law (påstandene *autrefois acquit* og *autrefois convict*).

¹⁹⁶ Rettspraksisen og litteraturen er omfattende. Feltet er intrikat selv rent deskriptivt. To generelle referanser er Dressler [1997] kap. 32 og Westen & Drubel [1978].

¹⁹⁷ Dommen er sitert fra Weston & Drubel [1978]. Samme sted i dommen omtales også tiltaltes såkalte repose interest, som i norsk sammenheng vel tilsvarer det som har blitt kalt *belastningshensyn* (se nedenfor i avsnitt 8.3.2).

¹⁹⁸ Findlater [1981] s. 725.

¹⁹⁹ Dette kan ha sammenheng med samtidig behandling av situasjoner med gjensidig (eller asymmetrisk) angripelsesadgang for partene som gjør problemstillingene flere og vanskeligere enn den foreliggende.

The double jeopardy bar on re prosecution after an acquittal makes the status of innocence meaningful and minimizes the chance that innocent men will be convicted. Without a rule of finality no procession of juries could effectively acquit a defendant, but a single jury could convict.²⁰⁰

En nær absolutt setning i amerikansk rett er at en frifinnende jurykjennelse ”not followed by any judgement, is a bar to a subsequent prosecution for the same offense.”²⁰¹ Dette tilsvarer nøyaktig vår situasjon. Det kan imidlertid, til tross for den historiske bakgrunnen for folkerettsinstrumentene, ikke trekkes direkte slutninger fra rettstilstanden i USA angående frifinnende jurykjennelser til SP art. 14 og EMK art. 6 eller 4P7.²⁰² Vi vil likevel fremheve at forbud mot dobbeltprosess omtales som en av de eldste ideene i vestlig sivilisasjon med røtter i gresk, romersk og kanonisk rett, og regelen om frifinnende jurykjennelser som den mest fundamentale.²⁰³

Som tvingende relevant for vår problemstilling – statusen til den horisontale, selvutløsende dobbeltprosessmekanismen – fremheves logikken bak den *fremskyndelse* som har skjedd med hensyn til tidspunktet for når jeopardy såkalt ”attaches”, fra avsigelsen av frifinnende kjennelse til juryen er ”impaneled and sworn.” Basert nettopp på hensynet formulert i *Green v. United States*, tillates ikke at en jury som er kommet i en situasjon hvor den effektivt *har kunnet bedømme* sakens beviser, skiftes ut med et nytt bevisbedømmerkollegium som kan prøve bevisene *på ny*. Tiltalte risikerer ved det som kan kalles strategisk ”jury discharge” effektivt flere bevisbedømmelser som skaper uholdbar risiko for type I feil.²⁰⁴²⁰⁵

²⁰⁰ S. 278. Se også artikkelens note 65 og 74.

²⁰¹ *United States v. Ball* fra 1896 (siteret fra Comment [1965] s. 265). Setningen gjelder også ved rettsanvendelsesfeil og saksbehandlingsfeil. Det gjelder et mulig unntak for tiltalte der tiltalte har bestukket rettsfunksjonærer, men ikke jury-medlemmer (sistnevnte har sammenheng med voteringsregelen). Se Poulin [1995] for presiseringer, herunder nærmere om begrepet ’frifinnende jurykjennelse’ (general verdict of acquittal).

²⁰² I denne sammenheng kan omstridte spørsmål om juryens ”nullification right” nevnes, se Schefflin [1972] og Westen & Drubel [1978]. (Hagerup [1905] s. 186—187 fremhever at den norske juryen ikke har en ubetinget plikt til å følge foredratte rettssetninger. Enkelte vil fremheve § 376a som et argument mot en slik forståelse, men det er et problematisk argument i den foreliggende sammenheng!)

²⁰³ Se Westen & Drubel [1978] med videre henvisninger.

²⁰⁴ Litteraturen bruker ofte betegnelsen tiltaltes *Green interests* om denne risikoen for uriktig domfellelse selv om *Green v. United States* gjaldt en frifinnende (og dermed uangripelig) kjennelse.

Adgangen til såkalt jury-discharge gjelder kun ved såkalt *manifest necessity*. For vårt formål er det ikke nødvendig å kommentere detaljer i doktrinen, men vi nevner typetilfeller som alvorlig sykdomsforfall og ytre alvorlig forstyrrende hendelser som ikke er fremkalt av partene (særlig forhold som kan skyldes strategisk adferd fra aktors side skal tiltalte være beskyttet mot).

Findlater [1981] gir en konsentrert fremstilling av den historiske bakgrunnen for femskyndelsen av tidspunktet for ”attachment”.

²⁰⁵ En lignende situasjon oppstår når en ny jury utnevnes etter at den første eventuelt ”henger” (ikke kommer til enighet; voteringsregelen er i de fleste delstatene krav til enstemmighet både for fellende og frifinnende kjennelser). Silverstein [1976] argumenterer for at det er i strid med dobbeltprosessprinsipper å la en ny

7.5.3 Dobbeltprosess som en fundamental rettsikkerhetsgaranti i EMK-sammenheng

I *Zolotukhin* var klager endelig domfelt “within the autonomous meaning of the Convention”.²⁰⁶ Spørsmålet var om domfelte kunne stilles for retten på ny basert på det essensielt samme faktiske forholdet, men forankret i en annen bestemmelse i russisk straffelov.²⁰⁷ Bruken av betegnelsene “offence” (vs. “facts” eller “cause”) i 4P7 og tidligere EMD-praksis tilsa at en ny prosess var forenelig med EMK.²⁰⁸ Et enstemmig storkammer uttalte imidlertid:

The Court considers that the existence of a variety of approaches to ascertaining whether the offence for which an applicant has been prosecuted is indeed the same as the one of which he or she was already finally convicted or acquitted engenders legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence. It is against this background that the Court now is called upon to provide a harmonized interpretation of the notion of the “same offence” [---]. The Court [...] notes that the approach which emphasizes the legal characterization of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention [...]. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same. (Avsnitt 78, 81 og 82; vår uthevnig.)

Det følger at det er irrelevant om prosess nummer én ender i en domfellelse eller frifinnelse. Det samme gjelder prosess nummer to (se rett nedenfor). Dette betyr at dobbeltprosessforbudet i prinsippet får anvendelse på de mulige sekvensene:²⁰⁹

{< domfellelse, domfellelse >, < domfellelse, frifinnelse >, < frifinnelse, domfellelse >, < frifinnelse, frifinnelse >}

Det er ikke nødvendig at en av disse sekvensene realiseres for å konkludere brudd på konvensjonen.²¹⁰ Forbudet i 4P7 nr. 1 medfører at “[n]o one shall be liable²¹¹ to be tried or punished

bevisbedømmelse skje (“although the trial ends in a hung jury, the defendant throughout the trial has been completely exposed to the risk of conviction,” s. 33); tilsvarende Findlater [1981].

²⁰⁶ Dommens avsnitt 109 jfr. avsnitt 7.2.2 ovenfor.

²⁰⁷ “[I]dential facts or facts which are substantially the same” (avsnitt 82).

²⁰⁸ Se dommens avsnitt 31—44 og 70—77.

²⁰⁹ Sekvensen < domfellelse, frifinnelse > tillates fordi den er til gunst for tiltalte (se eksplisitt ad 4P7 *Explanatory Report to Protocol No. 7* avsnitt 31).

²¹⁰ Som et eksempel på en observert sekvens (< domfellelse, domfellelse >) se saken for EU domstolen (Van Esbroek, dom 9. mars 2006 (C-436/04): Tiltalte ble dømt i Norge for import av narkotika fra Beliga. Etter sonet

again [...]”(likelydende SP 14(7); vår utheving). En prosessmekanisme som eksponerer tiltalte for en slik risiko bryter en uavhendelig rettighet, se derogasjonsforbudet i 4P7 nr. 3. Det heter i *Zolotukhin*;

The Court reiterates that Article 4 of Protocol No. 7 contains three distinct guarantees and provides that no one shall be (i) liable to be tried (ii) tried or (iii) punished for the same offence” (avsnitt 110).²¹²

Forbindelsen mellom de to prosessene (i fravær av bedre norsk: the jeopardizing mechanism) som erklæres ulovlig i *Zolotukhin*, er fastleggelse av begrepet ’offence’ med et rettslig identitetskriterium som tillater ny forfølgning basert på (essensielt) samme faktum under en annen

straff i Norge, ble han dømt i Belgia for eksport av den samme narkotikaen. (Sekvensen kan passende kalles en Art Vandeley-følge: han fyller alle krav til ”the importer-exporter” beskrevet i *Seinfeld*, episode 126 <http://www.seinfeldscripts.com/TheCadillac2.html>.)

Dommen illustrerer at et identitetskriterium basert på ”legal classification of the acts or on the protected legal interest might create as many barriers to freedom of movement within the Schengen territory as there are penal systems in the Contracting States” (*Zolotukhin* avsnitt37).

²¹¹ Formuleringen “liable to” (ikke “liable for”) refererer til en risiko-tolkning av ”liability”, se *Webster’s s.v. “liable”* (“Exposed to a certain contingency or causality of an undesired character; as [...] liable to be injured”). Sammenlign s.v. “jeopardy” (“Exposure to death, loss, or injury; hazard; danger”), *Webster’s New International Dictionary of the English Language*, 2nd Ed. (Unabridged), Springfield, MA: G. & C. Merriam Co. 1949.

²¹² Avsnitt 110 (under overskriften “Whether the applicant’s acquittal prevents application of the guarantees of Article 4 of protocol No. 7”); se også avsnitt 83 (“The court emphasises that it is irrelevant which parts of the new charges are eventually upheld or dismissed in the subsequent proceedings, because Article 4 of Protocol No. 7 contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal [...]”) og 111 (“the fact that [the applicant] was eventually acquitted of that charge has no bearing on his claim that he was prosecuted and tried on that charge for a second time. For that reason the Grand Chamber [...] finds without merit the Government’s contention that there had been no repetition of the proceedings because the applicant had eventually been acquitted of the charge [...]”).

EMD anlegger med dette i *Zolotukhin* et *ex ante*-perspektiv på avgjørelsesmekanismen for straffekrav (se tilsvarende en probabilistisk tilnærming til spørsmålet om begrepet ’criminal conviction’ i avsnitt 56).

Perspektivet i *Zolotukhin* står i skarp kontrast til *Nikitin*, der kammeret etter å ha konstatert finality, fant at klager ikke var ”liable to be tried again” under ”supervisory review” fordi ”the potential for resumption of proceedings in this case would have been too remote or indirect to constitute ’liability’ for the purposes of Article 4 § 1 of Protocol No. 7” (avsnitt 43).

Merk at Den russiske konstitusjonsdomstol før EMDs dom i *Nikitin*, men etter at klager var utsatt for ”review”, hadde ”declared incompatible with the Constitution the legislative provisions permitting the re-examination and quashing of an acquittal on the grounds of a prejudicial or incomplete court hearing or on the ground of inaccurate assessment of the facts of the case, save in cases where new evidence had emerged or there had been a fundamental defect in the previous proceedings” (*Nikitin*, avsnitt 20). Ny russisk lovgivning hadde i mellomtiden også begrenset ”supervisory review [...] to those cases where it does not involve changes that would be detrimental to the convicted person. Acquittals and decisions to discontinue the proceedings may not be subject to a supervisory review” (EMDs dom, avsnitt 29).

Det er påfallende at EMD i *Nikitin* brukte omfattende plass på å beskrive disse etterfølgende endringene (se avnitt 21 og 29), som ikke kunne beskytte klagers frifinnelse mot risikoen knyttet til ”review”. Klagers frifinnelse var basert på ”substantial ground”, ikke ”violation of the *non bis in idem* principle” (*Zolotukhin* avsnitt 100). Det er også påfallende at EMD i *Nikitin* siterer uttalelser fra Konstitusjonsdomstolen *in extenso*, som ville blokkert argumentasjonen EMD selv utvikler i et merkelig obiter til skade for klager senere i dommen. Se avsnitt 7.7 nedenfor.

rettslig klassifikasjon.²¹³ Med en annen rettslig klassifikasjon siktes til forskjellige skyldkrav; at bestemmelsene anses for å beskytte ulike formål eller at sanksjonene er forskjellige.²¹⁴

Tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse på grunn av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet etter strprl. § 376a muliggjør følgende sekvenser (se høyre del av beslutningstreet i figur 4.1 ovenfor)²¹⁵

{< frifinnelse, domfellelse >, < frifinnelse, frifinnelse >}.

Tiltalte er endelig frifunnet i trinn én (avsnitt 7.2 ovenfor). I motsetning til variasjonen i rettslig klassifikasjon som ga opphav til dobbeltprosess i *Zolotukhin*, skyldes her overgangen til prosess nr. 2 en selvutløsende mekanisme: fagdommernes beslutning. At dobbeltprosess rammes når det ikke er variasjon i fakta eller rettsnormer overhodet – en idealtypisk situasjon for § 376a – må følge direkte av *Zolotukhin*.²¹⁶ Risiko for de to sekvensene, som er absolutt forbudt i amerikansk rett, må ved EMDs fastleggelse av de konvensjonsautonome begrepene 'final decision' og 'offence' være forbudt under 4P7.

Resultatet harmonerer med rettspraksis i sivile saker, der EMD har funnet "supervisory review" i strid med krav til en fair trial EMK 6(1), se særlig referansene til *Brumărescu* og *Ryabykh* i avsnitt 7.2, 7.3 og 7.5.1 ovenfor og avsnitt 7.7 nedenfor. Etter henvisning til *Brumărescu*'s presiering av "the principle of legal certainty" som "one of the fundamental aspects of the rule of law" (avsnitt 51), heter det i *Ryabykh*:

no party is entitled to seek a review of a final and binding judgment merely for the purpose of obtaining a rehearing and a fresh determination of the case. [...] The review should not be treated as an appeal in disguise, and the mere possibility of there being two views on the subject is not a ground for re-examination. A departure from that principle is justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character (avsnitt 52).

²¹³ Såkalt faktisk identitet (*idem factum*), dommens avsnitt 71. Se Johansen [2009] s. 291—295 om begrepet.

²¹⁴ Se *Zolotukhin* avsnitt 70—77 og Johansen [2009] s. 287—295.

²¹⁵ Før 1990, da det etter tilsidesettelse ble trukket en ny jury, tillot mekanismen i prinsippet uendelig lange sekvenser, se avsnitt 2.1 ovenfor og 7.6 nedenfor.

²¹⁶ Johansen [2009] skriver i rettskraftsammenheng: "Hvis et forbud mot gjentatt straffeforfølgning tillater ny prosess om samme faktum og med grunnlag i en bestemmelse som har helt likt objektivt gjerningsinnhold som bestemmelsen som ble brukt i den første forfølgningen, gir regelen ingen reell beskyttelse mot gjentatt forfølgning" (s. 288).

Tilsidesettelsesmekanismen kan virke særlig graverende når det samtidig tas hensyn til muligheten for variasjon i rettslig klassifikasjon. Dette illustreres av dommen i Rt. 2009 s. 130 (jfr avsnitt 1.1 ovenfor):

Fire tiltalte var anklaget for grov korrupsjon. Juryen svarte nei på et hovedspørsmål om korrupsjon for alle tiltalte (det ble derfor ikke stilt tilleggs spørsmål om grov korrupsjon). Det ble protokollert at retten aksepterte juryens kjennelse. Dernest besluttet fagdommerne at det med hjemmel i strprl. § 375 skulle stilles nye spørsmål til juryen om grov utroskap. Juryen besvarte skyldspørsmålet benektende for alle tiltalte. Denne kjennelsen ble så satt til side av fagdommerne etter § 376a. Etter ny hovedforhandling for meddomsrett ble to dømt for grov korrupsjon og to for medvirkning til grov korrupsjon.

Dommen illustrerer simultan realisering av aspektene ved rettslig usikkerhet som identifisert i henholdsvis *Green v. United States* og *Zolotukhin*.

7.6 Internrettslig forankring: vurdering

Tilsidesettelseshjemmelen ble innført på en summarisk måte i 1933. Som dokumentert i avsnitt 2.1 ovenfor har utformingen av mekanismen variert over tid som en mer eller mindre tilfeldig følge av prosessreformer. I dette avsnittet betraktes noen symptomer på dette, som også vil bli brukt i argumentasjonen for folkerettsbrudd (avsnitt 7.7 nedenfor).

Fra 1933 til 1990 ble det trukket en ny jury etter tilsidesettelse. Regimet tillot et i prinsippet *ubegrenset antall prøvinger av realiteten* (bevisbedømmelsen). Fordi reglene som tillot tilsidesettelse av frifinnende kjennelse ikke inkluderte beskyttelse mot rettslig usikkerhet, skapt en særlig vilkårlighet.²¹⁷

Betrakt beslutningstreet i figur 7.1. Nodene merket J_k og F_k betegner henholdsvis juryens og fagdommernes avgjørelse i prosess k , $k = 1, 2, \dots$. Frem til 1933 var de eneste mulige bevegelsene i sannsynlighetstreet for $k > 1$ sekvensene helt til venstre i figuren: Etter tilsidesettelse av en fellende kjennelse i prosess nummer én, kunne fagdommerne i en etterfølgende prosess k , $k = 2, 3, \dots$;

- under betingelsene i strprl. 1887 § 359(1) 1. punktum i prosess k direkte – det vil si uavhengig av juryens kjennelse i prosess k – avsi frifinnelsesdom basert på bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet (sekvensen stoppet), som markert med stiplede linjer ut til høyre fra J_k -nodene

²¹⁷ Tilsidesettelsesreglene for fellende kjennelser har siden 1887 og frem til i dag inkludert beskyttelse mot rettslig usikkerhet.

På grunn av beskyttelsen mot rettslig usikkerhet i strprl. 1887 § 359(2), var tiltalte i prosess k ($k \geq 2$) vernet mot risiko gjennom den forutgående sekvensen av fellende kjennelser i prosess $k-1, k-2, \dots$, som var konstant eller avtagende med hensyn til det straffenivået tiltalte risikerte.²¹⁸ I figur 7.1 er beskyttelsen illustrert med doble grener. Garantien medførte at muligheten for nye prosesstrinn ubetinget var til gunst for tiltalte: hvert trinn kunne medføre endelig frifinnelse (med eller uten juryens medvirkning) under konstant eller suksessivt lavere straffetrussel.

Ved innføringen av adgang til tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse, ble tiltalte ikke gitt beskyttelse mot rettslig usikkerhet i trinn to og per implikasjon ikke i senere trinn.²¹⁹ Dette måtte få som en konsekvens at beskyttelsen som oppstår ved fellende kjennelse(r) *brytes* i situasjoner der fagdommerne tilsidesetter en etterfølgende frifinnende kjennelse. Disse bruddene er markert med doble streker som krysser de aktuelle utgående grenene fra nodene som representerer fagdommerne i figur 7.1.

Betrakt for eksempel de fire juryene som opptrer i prosess nummer tre (J_3), henholdsvis nodene merket a, b, c og d . Fra venstre til høyre i figuren kan vi med hensyn til tiltaltes beskyttelse mot rettslig usikkerhet slutte:

- a) etter sekvensen <fellende kjennelse, fellende kjennelse>, full beskyttelse
- b) etter sekvensen <fellende kjennelse, frifinnende kjennelse>, ingen beskyttelse
- c) etter sekvensen <frifinnende kjennelse, fellende kjennelse>, delvis beskyttelse
- d) etter sekvensen <frifinnende kjennelse, frifinnende kjennelse>, ingen beskyttelse

Vi bruker betegnelsen full beskyttelse om a , og delvis beskyttelse om c : Fordi sekvensen av straffetrussler er avtagende, tilbyr en lengre (ubrutt!) sekvens av fellende kjennelser i forventningsforstand bedre beskyttelse for tiltalte.

Tiltalte har full beskyttelse i situasjon a og ingen beskyttelse i situasjon b . Den viktigste forskjellen mellom a og b er at en mellomliggende jury i b har *frifunnet* tiltalte. Også i situasjon c har tiltalte bedre beskyttelse enn i b . Her er den eneste forskjellen at rekkefølgen i sekvensene er snudd.

²¹⁸ ”Når den nye behandling av saken er besluttet etter § 358, første punktum, kan i den ny sak ikke noget spørsmål, som sikter på en strengere straff enn tiltalte vilde være blitt idømt dersom den første lagrettekjennelse var tatt for gyldig, forelegges lagretten [...]”

²¹⁹ Sekvensen helt til høyre i figur 7.1 viser kombinasjonen av et i prinsippet ubegrenset antall forsøk på domfellelse samtidig som det er fravær av beskyttelse mot rettslig usikkerhet.

Ved å gå lenger ned i treet vil slike effekter kunne gjøre seg gjeldende i flere omganger; som vi ser ved inngangen til prosessene i trinn fire, vil beskyttelse både kunne forsterkes, reaktiveres og deaktiveres. I den ubrutte sekvensen av frifinnelser, foreligger ikke beskyttelse på noe tidspunkt.

Vi har i avsnitt 7.3 ovenfor drøftet et krav om uavhengighet mellom beslutningsmekanismer. Den asymmetriske utformingen av tiltaltes vern mot rettslig usikkerhet ved tilsidesettelse av fellende og frifinnende jurykjennelser, medfører en form for *sti-avhengighet* ("path dependence") som fremstår som vilkårlig.

Prosessreformen som virket fra 1990 krympet meddomsretten til to fagdommere og tre lekdommere.²²⁰ Samtidig ble en slik meddomsrett også innført som avgjørelsesmekanisme etter tilsidesettelse. Initiativet til denne endringen ble først tatt under lovbehandlingen i Justiskomiteen i Stortinget og ble ikke underkastet normal saksbehandling.²²¹ Komiteen mente imidlertid at dette var "en fullt betryggende [prosess]ordning, samtidig som det vil effektivisere arbeidet [...]" osv., se avsnitt 2.1 ovenfor. Muligheten for et ubegrenset antall prøvinger av realiteten ble *de facto* blokkert ved overgangen fra jury til meddomsrett i trinn to. Dette aspektet ved reformen ble imidlertid ikke omtalt.

Asymmetrien med hensyn til beskyttelse mot rettslig risiko er i behold i det gjeldende regimet (om en med færre systemkonsekvenser): Se strprl. § 376d og til illustrasjon dommen i Rt 2009 s. 130 omtalt i avsnitt 1.1 og 7.5.3 ovenfor.

Overgangen til meddomsrett i trinn to harmonerer ikke med lovens rettsmiddelsystem ellers, som ved ny behandling forsterker avgjørelsesmekanismen (avsnitt 7.3 ovenfor). Det er i avsnitt 5.3 ovenfor påvist at meddomsretten globalt medfører høyere sannsynlighet for type I feil dersom fagdommerne er minst like strenge som lekdommerne.²²²

Tiltalte kan være dårligere beskyttet i trinn to av dobbeltprosessmekanismen også gjennom videre ankeadgang til skade for tiltalte av *lovgrunner* fra meddomsrettsdom enn etter

²²⁰ Hylland [1990a] kritiserer reformen fra et statisk rettsikkerhetsmessig perspektiv (kravet om tre eller flere stemmer for domfellelse i det mindre kollektivet).

²²¹ Dette er påpekt og kritisert av Hylland [1990b] (se avsnitt 2.1 ovenfor).

²²² Det følger av analysene i avsnitt 3.2 at den "krympede" meddomsretten har større sannsynlighet for type I feil enn den "store" meddomsretten over hele \tilde{R}^I (effekten av voteringsregelen og størrelsen trekker i samme retning); tabell 5.1 illustrerer dette i situasjonen med homogene populasjoner av bevisbedømmere. Det er grunn til å merke seg at denne mekanismen – som Justiskomiteen fant var en "fullt betryggende ordning" (avsnitt 2.2 ovenfor) – er symmetrisk rundt $\frac{N}{N} = \frac{Q}{Q} = \frac{1}{2}$.

lagrettebehandling (avsnitt 1.1 ovenfor). Fra en *fellende* jurykjennelse i trinn to ville dessuten to av fagdommerne ensidig kunnet frifinne på grunnlag av rettsspørsmål etter § 376b.²²³

At saken behandles i samme lagmansrett står i kontrast til regler som skal sikre en upartisk domstol. Dette gjelder både gjenåpningsregler og en finmasket rettspraksis i sivil- og straffeprosess som særlig vektlegger tilliten til domstolene utad (se den detaljert redegjørelsen avsnitt 7.4 ovenfor). Ordningen med begrensningen i rekrutteringsgrunnlaget for tilkalt lagdommere i domstoloven § 10(2) i.f. fikk ”bred støtte i høringsrunden”.²²⁴ Meddomsretten ble foreslått som trinn to mekanisme praktisk talt samtidig, men utløste såvidt vi vet ingen rettsikkerhetsmessige innvendinger med hensyn til rettens sammensetning.

At tiltalte ved tilsidesettelse ikke har adgang til å uttale seg om rettens beslutning (§ 376a(3) 1. punktum) står i kontrast til for eksempel § 375 (som gir en part adgang til å uttale seg ved endrede eller nye spørsmål til juryen). Fraværet til krav av begrunnelse ved tilsidesettelse av frifinnende kjennelse står i kontrast til utviklingen av fagdommernes plikt til realitetsvurdering og begrunnelse etter fellende kjennelse (se avsnitt 2.2 ovenfor og 10.2.2 nedenfor).

Samspillet mellom tilsidesettelsesreglene og reglene for *sivile krav* (se avsnitt 3.3 ovenfor og 8.2 nedenfor) illustrerer også at tilsidesettelsesmekanismen har et *ad hoc* preg.

Tilsidesettelsesmekanismen er så vidt vi vet ikke på noe tidspunkt blitt drøftet fra en grunnleggende rettsikkerhetsmessig synsvinkel til tross for at den er berørt av en rekke prosessreformer. Dette gjelder lovforarbeider, høringsuttalelser og rettspraksis. Høyesterett har har omtalt § 376a i forbindelse med avgjørelser som har medført betydelige endringer beslutningsregimet for avgjørelse av straffekrav uten å vurdere bestemmelsen på en kritisk måte. Senest i plenumsdommen i Rt. 2009 s. 750 hadde Høyesterett foranledning til å drøfte § 376a (dommens avsnitt 66—68).²²⁵ I Rt. 2010 s. 606 hadde Ankeutvalget i forbindelse med spørsmål om begrunnelse av tilsidesettelsesbeslutning foranledning til å drøfte avhengighet mellom kollektivene i dobbeltprosessmekanismen (se avsnitt 7.4 ovenfor).

²²³ Bestemmelsen i straffeprosessloven 1887 som korresponderer til § 376b er § 357(2).

Nettoeffekten av en overgang til jury i trinn to under det gjeldende regimet ville være usikker. Den nylig fastlagte forståelsen av § 376c (etter gjeldende rett må fagdommerne anses å ha *plikt* til tilsidesettelse på grunnlag av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet når bestemmelsens vilkår er oppfylt, se avsnitt 10.2.2 nedenfor), ville imidlertid forplante seg til alle prosessstrinn $k = 1, 2, \dots$.

²²⁴ Ot.prp.nr. 16 (1988-1989) s. 27.

²²⁵ Et tidligere utkast det foreliggende arbeidet var med i det juridiske utdraget til denne saken. Vi har drøftet forskjellige aspekter ved tilsidesettelsesordningen i flere foredrag siden høsten 2007.

Tilsvarende kommentarer gjelder en samlet rettslitteratur. Opsahl [1982] fremhever i en oversiktsartikkel om menneskerettigheter i straffeprosess at ”de prinsipper [...] vi her skal se på, hører til de klassiske rettsstatsidéer og dekker et kjerneområde for juridisk teori. De har grunnleggende betydning for oppfatningen av forholdet mellom staten og den enkelte. [---] Det står derimot ikke mye om slikt hos dem som har skrevet om vanlig norsk straffeprosess gjennom tidene. Det ser ut til at vår doktrin ikke har funnet den slags nødvendig” (s. 487). På bakgrunn av en omfattende analyse av gjentatt straffefølgning, konkluderer Johansen [2008] med at normene i norsk sammenheng ikke oppfattes som uttrykk for fundamentale rettsstatsprinsipper, men som teknisk-prosessuelle bestemmelser, se særlig avsnitt 1.5 og 4.5. Vårt arbeid med den mer spissede problemstillingen som § 376a representerer, bekrefter dette inntrykket.

Det kan det tilføyes at Aall [1995] s. 4 viser til den amerikanske konstitusjonens femte grunnlovstillegg som en sentral idé-bakgrunn for grunnleggende krav til en rettfærdig rettergang. På s. 270—271 omtales den norske tilsidesettelsesmekanismen, men et dobbeltprosessaspekt antydes ikke. Flere forfattere er innom belastningshensyn i forbindelse med diskusjon av norske gjenåpningsregler (slik for eksempel Andenæs [2000b] s. 128, som også refererer til amerikanske dobbeltprosess-regler), men risiko for type I feil omtales ikke. I kjennelsen i Rt 2007 s. 1723 omtalt i avsnitt 2.2 ovenfor, fremhever Kjæremålsutvalget belastningshensyn som et argument mot tilsidesettelse (”[f]or en frifunnet medtiltalt vil det også fremstå som unødig belastene å måtte få sin sak behandlet på ny bare fordi den har sammenheng med forhold som en annen tiltalt utvilsomt er skyldig i”).

Det er symptomatisk at i den engelske oversettelsen av straffeprosessloven brukes benevnelsen ”Court of Appeal” om annentrinnsmekanismen (meddomsretten) i § 376a(1), 1. punktum, mens benevnelsen ”court” brukes om (lagmanns-)retten i andre sammenhenger i §§ 374—376f.²²⁶

Mens strprl. § 376c typisk omtales som en ”dobbeltgaranti” for tiltalte (tilsidesettelse av fellende jurykjennelse på grunn av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet; se for eksempel Andenæs [2000b] s. 62), omtales ikke § 376a som en ”dobbelttrussel.”

Vi vil likevel fremheve at Backer [1984] i en komparativ fremstilling konstaterer at tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse ikke ville kunne skje i amerikansk rett. Matningsdal [1998] fremholder tilsidesettelsesordningen som i dårlig samsvar med juryordningen (avsnitt 2.12). Hylland [1990b] betegner ordningen med overgang til meddomsrett som trinn-to mekanisme som ”særlig unaturlig” (n. 43 s. 324).²²⁷

Vi konkluderer at tilsidesettelsesregimet fremstår som tilfeldig forankret i prosessordningen.

²²⁶ <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19810522-025-eng.pdf>; lesedato: 25. oktober 2010.

²²⁷ Ifølge Nygard [2010] står § 376a ”rettspolitisk på utrygge ben. Også menneskerettslig er ordningen diskutabel, denne varianten av dobbeltfølgning kan komme opp i EMD før man aner det” (s. 245). Utsagnet er ikke begrunnet, og det henvises hverken til rettsjempler eller andre kilder.

7.7 Sammenfatning og konklusjon

Tilsidesettelsesmekanismen utfordrer basale intuisjoner om en forsvarlig prosessordning. Ovenfor argumenteres det for at mekanismen bryter eksplisitte forbud mot henholdsvis dobbeltprosess og retten og adgangen til uavhengig og upartisk domstol. Brudd på én av disse nødvendige betingelsene er tilstrekkelig til å slutte konvensjonsbrudd.

Basert på den rettsfunksjonelle analysen argumenterer vi for at tilsidesettelsesmekanismen på selvstendig (kumulativt) grunnlag bryter det overordnede fair trial-kravet i SP 14 og EMK 6:

Risikoen tiltalte eksponeres for begrepsfestes og kvantifiseres i kapittel 4—6 ovenfor. Målet på svekkelsen i tiltaltes posisjon er gitt ved sannsynligheten for sekvensen av avgjørelser som leder til domfellelse i terminalnoden df_a i figur 4.1. Målet er en funksjon av parameterverdier for lek- og fagdommere, som gjenspeiler variasjon i saker (fakta og rettsnormer) som kan komme til pådømmelse. Overgangen til meddomsrett i trinn to er i seg selv påtakelig og kan ytterligere øke risikoen for tiltalte. Dette skyldes meddomsrettens størrelse, og mulige lærings- og lojalitetsmekanismer som særlig aktualiseres gjennom rettens sammensetning. I tillegg kommer mekanismer som den enkle analytiske modellen ikke fanger opp, som samspillet mellom fag- og lekdommere i meddomsretten og beskyttelse mot rettslig usikkerhet under meddomsprosessen.

For mange parameterkonstellasjoner medfører tilsidesettelseshjemmelen en *betydelig* økning i sannsynligheten for type I feil (domfellelse av uskyldige tiltalte). Variasjonen i saker som kan komme til pådømmelse tilsier at mange parameterkonstellasjoner $(p, q; \beta)$ prøves ut: Prosessordningen bør bestå en ”global” test (for en konklusjon om folkerettsstrid bør det være tilstrekkelig å påvise at svekkelsen i tiltaltes stilling gjelder en delmengde).²²⁸ Med hensyn til den selvstendige betydningen av tilsidesettelsesregimet sjelden kommer til anvendelse, viser vi til *Ekeberg and Others v. Norway* som er omtalt i avsnitt 7.4 ovenfor.

Høyesterett hadde i Rt. 2003 s. 1269 konkludert med habilitet for fagdommere i en juryprosess, som hadde deltatt i et fengslingskjæremål forut for hovedforhandlingen. Dette var basert på en detaljert

²²⁸ Se Walbert [1971] for lignende resonnerer.

Justiskomiteens motivasjon for bruk av meddomsrett som trinn to mekanisme (”oppevelse av juryens kjennelse trekker i retning av at saken egner seg bedre for meddomsrett”, se avsnitt 2.1 ovenfor) synes å måtte forstås som forventning om at $\frac{\bar{Q}}{Q} > \frac{\bar{N}}{N}$ i angjeldende saker (kollektivmekanismenes utforming har ikke blitt tematisert).

gjennomgang av funksjonsdelingen i lagmannsretten: disse dommerne hadde ikke samme sentrale funksjon som rettsformannen, som blant annet alene har ansvaret for rettsbelæringen.”Riktig nok deltar alle fagdommerne ved den etterfølgende vurderingen av om lagrettens kjennelse skal legges til grunn for dommen, eller unntaksvis settes til side, jf. straffeprosessloven § 376a, § 376b og § 376c. Slik tilsidesettelse avgjør imidlertid ikke skyldspørsmålet og er dessuten så vidt ekstraordinær at dette [...] ikke kan tillegges nevneverdig betydning i denne sammenheng” (avsnitt 9).

EMD fant at fagdommerne ikke hadde påvirket juryens avgjørelse i den konkrete saken. Om Høyesteretts tilsidesettelsesbetraktninger heter det imidlertid: “[The professional judges] may decide that the case shall be tried anew by other judges (Article 376C). In this respect the professional judges [...] had a role to play in the [...] applicant’s conviction. Without their endorsement of the jury’s verdict, he could not have been convicted by the High Court in the proceedings concerned. Even though, in practice, the professional judges would only exceptionally use their powers to set the jury’s verdict aside, their role in the decision on conviction cannot be ignored” (Avsnitt 42; vår utheving).

Situasjonen som kommenteres av EMD gjelder strprl. § 376c, hvor den enkelte fagdommer gjennom kravet til alminnelig flertall har mindre innflytelse på resultatet enn etter § 376a, hvor den enkelte fagdommer gjennom kravet til enstemmighet kan blokkere tilsidesettelse. Dette gjør utsagnene særlig relevante for vår problemstilling.²²⁹

Påstanden om folkerettsbrudd baseres på analyse av strukturelle sider ved den rettslige beslutningsmodellen. Det utløses ingen ”fourth instance”-problematikk. Dobbeltprosess er i EMK-sammenheng en rettighet det ikke under noen omstendighet kan derogeres fra.²³⁰ Dette tilsier at Norge har lite eller intet handlingsrom (såkalt margin of appreciation i EMK-sammenheng) som konvensjonsstat.²³¹ Forhistorien til § 376a viser en vilkårlig utforming og svak internrettslig forankring. Kriteriene for tilsidesettelse har blitt drøftet, men grunnspørsmålet om risikoen tiltalte eksponeres for ved eksistensen av dobbeltprosessmekanismen som sådan såvidt vites ikke reist på noe tidspunkt.

Norge kan være alene om å ha en *selvutløsende* dobbeltprosessmekanisme. Dette gjelder både den gjeldende kvalifiserte mekanismen (stikkord: heterogene komponenter), og ordningen

²²⁹ I motsatt retning trekker riktignok en lavere innstegsterskel for anvendelse av § 376c (”retten finner at det ikke er ført tilstrekkelig bevis”, se også tolkningen i Rt 2009 s. 750) sammenlignet med kravene i § 376a (avsnitt 2.2 ovenfor).

²³⁰ Se om denne klassen rettigheter for eksempel storkammerdommen *Case of A. and Others v. The United Kingdom* (dom 19. februar 2009 (no. 3455/05), avsnitt 126).

²³¹ Utfra traktatbestemmelsenens ”object and purpose” er statene gitt svært snever skjønnsmargin på området for EMK 6 og med hensyn til fundamentale rettsikkerhetsgarantier, se Harris *et al.* [1995] kapittel 1.4, Van Dijk *et al.* [2006] s. 514; se også storkammerdommen *Case of A. and Others v. The United Kingdom* (dom 19. februar 2009, avsnitt 183—184).

som virket før 1990, som i prinsippet tillot et ubegrenset antall prøvninger av realiten. Øst-europeiske land har blitt dømt i EMD for liknende, men i relasjon til straffeprosess strukturelt sett mindre graverende mekanismer.²³² Det mest fundamentale kjennetegnet er at utfallet (potensielt) bestemmes av en serie av uangripelige avgjørelser, der den enkelte avgjørelse i sekvensen kan ende fatalt for tiltalte. Når myndighetene gis mulighet til å kaste mynt flere ganger (Amars metafor), mister andre prosessgarantier sin betydning og kontrollen med type I feil illusorisk. En grunnleggende *dynamisk horisontal beskyttelse* må derfor være innebygget i overordnede krav til ”fair trial” i SP 14(1) og EMK 6(1). EMD fant da også at ”supervisory review” var i strid med EMK 6(1) i de sivile sakene *Brumărescu* (storkammer) og *Ryabykh*. I sistnevnte heter det under henvisning til *Brumărescu*:

[T]he right to a fair hearing [...] as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which in its relevant part, declares the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, among other things, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question [...]. Legal certainty presupposes the respect for [...] the finality of judgments. This principle underlines that no party is entitled to seek a review of a final and binding judgment merely for the purpose of obtaining a rehearing and a fresh determination of the case. Higher courts’ power of review should be exercised to correct judicial errors and miscarriages of justice, but not to carry out a fresh examination. The review should not be treated as an appeal in disguise, and the mere possibility of there being two views on the subject is not ground for re-examination. A departure from that principle is justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character. (Avsnitt 51—52.)

It would be inconceivable that Article 6 § 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions [...] (Avsnitt 55.)

Under henvisning til at ”provisions of an international treaty such as the Convention must be construed in the light of their object and purpose and also in accordance with the principle of

²³² En analyse av øst-europeiske ”supervisory review” mekanismer (herunder forbindelsen til byråkratiske kontinentale prosessordninger) er gitt i Damaška [1975,1986]. Den russiske Konstitusjonsdomstolen fant overprøvningsordningen beskrevet i *Nikitin* grunnlovsstridig og i strid med 4P7. Det skal ha blitt innført lovendring som reflekterer dette (se rett nedenfor). De praktiske virkningene er imidlertid usikre. I førstesideoppslaget ”In Russian Justice, the Jury Is Something to Work Around” i *New York Times* rapporteres om forsøk på domfellelse for opptil fire juryer samt samt overgang til fagdommerpanel etter frifinnende jurykjennelse 16. november 2010 s. A1 og A12).

EMDs omtale av det Belgiske jurysystemet i storkammerdommen *Taxquet v. Belgium* er upresis: rettens adgang til sidesettelse gjelder kun fellende, ikke frifinnende, jurykjennelse (Traest [2001] s. 40).

effectiveness” og under henvisning til en ”fundamental right” tolket storkammeravgjørelsen *Zolotukhin* 4P7 ”as prohibiting the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same”.²³³ I et funksjonelt perspektiv etablerer *Zolotukhin* en sammenheng mellom normbasert usikkerhet og behovet for dynamisk beskyttelse.

Vi konkluderer at den kvalifiserte, selvutløsende dobbeltprosessmekanismen (eller tidligere tilsidesettelsesordninger med et prinsipielt ubegrenset antall trinn) på selvstendig grunnlag, det vil si også under fravær av spesialreguleringen i SP 14(7), 4P7 og de øvrige rettighetskategoriene drøftet ovenfor, er i strid med EMK 6(1) og SP 14(1).

I konteksten av SP og EMK har det blitt drøftet om SP 14(7) og 4P7 regulerer beskyttelsen mot dobbeltfølgning uttømmende, med både bekreftende konklusjon (i denne retning for eksempel Trechsel [2005] s. 384—385) og benektende konklusjon (for eksempel Harris *et al.* [1995] s. 217 og s. 569 n. 5). Diskusjonen har imidlertid vært generell og konkluderer ikke skarpt. Den har som fremholdt hatt et teknisk preg. Argumentasjon for at EMK 6 ikke inneholder et forbud mot dobbeltprosess har blant annet vært basert på hensynet til landene som ikke har ratifisert 4P7 (Trechsel [2005] s. 385 jfr n. 23).

Det er overraskende at EMK opprinnelig ikke inneholdt et eksplisitt forbud mot dobbeltprosess (tilsvarende Bartsch [2002], som også peker på at Kommisjonen flere ganger skal ha indikert at dobbeltprosess kan reise fair trial-spørsmål).

Det er merkelig å bruke tilblivelsen av 4P7 – utvilsomt ment å skulle forsterke tiltales vern i straffesaker – som argument for innskrenkende tolkning av EMK 6(1).²³⁴ Dette gjelder også i relasjon til statene som ikke har ratifisert tilleggsprotokollen. (Hensynet er nå dessuten lite relevant ettersom dobbeltprosessforbud er gjort bindende for 27 medlemsland gjennom art. 50 i EUs forfatningstraktat (Charter of Fundamental Rights).

Basert på *Brumărescu* og *Ryabykh* og øvrige dommer om ”supervisory review” omtalt ovenfor, synes det klart at EMK 6(1) inneholder forbud mot dobbeltprosess i betydningen fundamental dynamisk beskyttelse, om enn *dobbeltprosessterminologi* ikke ble brukt av EMD for *Zolotukhin*.²³⁵

²³³ Henholdsvis dommens avsnitt 80, 78 og 82.

²³⁴ Se *Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, særlig kommentar 1—3 (“not only the maintenance but also the further realisation of human rights and fundamental freedoms [...] extending the rights guaranteed by the Convention of Human Rights [...] insert as many as possible of the substantive provisions of the Covenant on Civil and Political Rights in the Convention” m.v.).

²³⁵ Dette gjelder også Nikitin, som konstaterte at “the non bis in idem principle enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 [...] is itself one aspect of a fair trial”. Siden domstolen ikke sluttet brudd på 4P7, måtten den undersøke ”compatibility with Article 6 independently of its conclusion under Article 4 of Protocol No. 7” (avsnitt 54).

Særbermerkninger til obiter i *Nikitin v. Russia*

I et merkelig obiter i *Nikitin* betraktes “nazdor” eller ”supervisory review” (SR) eller som en form for gjenåpning konsistent med 4P7 nr. 2.²³⁶ Dessuten benyttes eksistensen av 4P7 som argument for en restriktiv tolkning av tiltaltes dynamiske vern i EMK 6(1). Obiteret står i kontrast til *Brumărescu* og *Ryabykh* og har neppe relevans etter *Zolothukin*. På grunn av nærheten til den foreliggende problemstillingen vil vi likevel kritisere argumentasjonen i dommen.

Nikitin fant klagers frifinnelse endelig (“final”) i 4P7s forstand (avsnitt 7.2 ovenfor). Skulle derfor SR være tillatelig måtte den falle inn under gjenåpning i 4P7 nr. 2.

Den russiske straffeprosesslovs art. 384 (“Grounds for reopening due to new circumstances”) og art. 342 iii (“iii) a grave violation of procedural law”) inneholdt klassiske gjenåpningsgrunner som “obviously falls within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7”.²³⁷

Nikitin gjaldt SR etter art. 342 “i) prejudicial or incomplete investigation or pre-trial or court examination ii) inconsistency between the facts of the case and the conclusions reached by the court and iv) misapplication of [substantive] law.”²³⁸ Art. 342 i, ii og iv var forskjellige fra gjenåpningsgrunnene og kunne også anføres i anke. Det heter om dem (SR): “However, the Court notes that, in addition, a system also existed which allowed the review of a case on the grounds of a judicial error concerning points of law and procedure [...]. The subject matter of such proceedings remained the same criminal charge and the validity of its previous determination. If the request was granted and the proceedings were resumed for further consideration, the ultimate effect of supervisory review would be to annul all decisions previously taken by courts and to determine the criminal charge in a new decision. To this extent, the effect of supervisory review is the same as reopening, because both constitute a form of continuation of the previous proceedings. The Court therefore concludes that for the purposes of the *non bis in idem* principle supervisory review may be regarded as a special type of reopening falling within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7.”²³⁹

[T]he Court reiterates that it has previously held that the institution of supervisory review can give rise to problems of legal certainty [---]. [T]he Court observes that the requirements of legal certainty are not absolute. In criminal cases, they must be assessed in the light of, for example, Article 4 § 2 of Protocol No. 7, which expressly permits a State to reopen a case due to the emergence of new facts, or where a fundamental defect is detected in the previous proceedings [...]. The possibility of re-examining or reopening cases was also considered by the Committee of Ministers [...]. In its Recommendation No. R (2000) 2 [...] it urged member States to ensure that their domestic legal systems provided for a procedure whereby a case could be re-examined or reopened. The mere possibility of reopening a criminal case is therefore *prima facie* compatible with the Convention, including Article 6 (avsnitt 55—57).

Også *Nikitins* henvisning til eksistensen av 4P7 som at SR i straffesaker ikke er i strid med EMK 6(1) er merkelig (rett ovenfor). Henvisningen til Recommendation No. R (2000) 2 er også paradoksal da den tok sikte på å styrke implementeringen av konvensjonsrettighetene i intern rett ved konstatert folkerettsbrudd.

²³⁶ EMD fant at klager ikke var ”liable to be tried again”, se avsnitt 7.5.3 ovenfor. Derfor var argumentasjonen for at ”supervisory review could not in any event have given rise to a duplication of criminal proceedings, within the meaning of Article 4 § 1 of Protocol 7” ikke nødvendig for konklusjonen.

²³⁷ *Nikitin* avsnitt 46; lovbestemmelsene er sitert fra dommens avsnitt 23.

²³⁸ *Nikitin* avsnitt 23.

²³⁹ *Nikitin* avsnitt 46.

Etter å ha funnet at russiske myndigheters ”proceedings aimed at securing a supervisory review were an attempt to have the proceedings reopened rather than an attempted ‘second trial’”, fremhevet Kammeret at ”the conformity with the requirement of lawfulness under Article 4 § 2 of Protocol 7 is undisputed in the present case.”²⁴⁰

Hjemlene i russisk straffeprosess som ifølge obiteret ”may be regarded as a special type of reopening” er minst like vide som hjemmelen forbudt i den sivile saken *Ryabykh*. Ratio i *Ryabykh* gjaldt SR etter sivilprosesslovens art. 330 “(i) wrongful application or interpretation of substantive laws”.²⁴¹ EMD uttalte at “[T]he judgment [...] was overturned [...] by the Presidium of the [...] Regional Court on the ground that Judge [...] of the [...] District Court had misinterpreted relevant laws”.²⁴² Basert på storkammerdommen *Brumărescu* ble denne formen for SR kontant avvist med hjemmel i 6(1), se sitatet fra *Ryabykh* i hovedteksten rett ovenfor.

Nikitins omdefinering av begrepet gjenåpning for så å bruke eksistensen av 4P7 nr. 2 for tillatelse av SR i straffesaker er bemerkelsesverdig: 4P7 ble innført for å utvide tiltaltes beskyttelse. Som påpekt i *Tomasovic v. Croatia* under henvisning til *Zolotukhin* ”In view of its crucial importance in a State governed by the rule of law, the *ne bis in idem* principle features among the select group of norms which are non-derogable and even form an imperative part of the normative structure of the Convention and the Protocols thereto.”²⁴³ EMK 4P7 tillater kun gjenåpning ”if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings”, jfr avsnitt 7.2 ovenfor.²⁴⁴ At *Nikitin* etter omdefineringen konstaterer at ”the conformity with the requirement of lawfulness under Article 4 § 2 of Protocol 7 is undisputed in the present case”, kan fremstå som bydende.

I argumentasjonen for konsistens med 4P7 nr.2 tillegger *Nikitin* russiske myndigheter en godartet *intensjon*.²⁴⁵ Resultatet ville være å tillate ”the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same” som forbudt i *Zolotukhin* under henvisning til ”legal uncertainty incompatible with a fundamental right” (avsnitt 7.5.3 ovenfor).

8. Internrettslige virkninger av folkerettsbrudd

8.1 Oversikt

I drøftelsen av internrettslige virkninger av det påståtte folkerettsbruddet skilles mellom et fremoverskuende og et bakoverskuende perspektiv. Det fremoverskuende perspektivet gjelder tiltalte i sak som behandles eller skal behandles etter straffeprosessloven kapittel 24. Det bak-

²⁴⁰ *Nikitin* avsnitt 48.

²⁴¹ Bestemmelsen er sitert fra *Ryabykh* avsnitt 41.

²⁴² *Ryabykh* avsnitt 53.

²⁴³ Dom 18. oktober 2011 (no. 53785/09); concurring opinion.

²⁴⁴ Se tilsvarende Johansen [2008] s. 306.

²⁴⁵ I *Tomasovic v. Croatia* fremholdes under henvisning til *Zolotukhin* at ”it would be equally dangerous to introduce here the notion of the good faith of the competent authorities” (concurring opinion).

overskuende perspektivet gjelder rettsstillingen til grupper av tiltalte som etter tilsidesettelse er rettskraftig dømt etter internrettslige regler.

Vi argumenterer for at Høyesterett har kompetanse og plikt til å legge folkerettsbruddet til grunn for sine avgjørelser (avsnitt 8.3).

Forståelsen av kompetanseposisjonen vil for det første kunne få fremoverskuende virkninger: Fagdommerne i juryprosessen vil kunne ha plikt til å ikke sette til side en frifinnende kjennelse. En tilsidesettelsesbeslutning og/eller en etterfølgende fellende dom i meddomsretten vil kunne ankes til Høyesterett på grunn av folkerettsbrudd.²⁴⁶

Forståelsen vil for det annet kunne få betydning for grupper av rettskraftig dømte. Betydningen manifesterer seg gjennom to kanaler: (i) Mulighet for ”direkte” anvendelse av gjenåpningsregelen i strprl. § 392(2) (avsnitt 8.4). (ii) En høyesterettsdom som konstaterer folkerettsbrudd kan gi rettskrav på gjenåpning av *analoge* saker etter strprl. § 392(1) (avsnitt 8.5).

Vår påstand om *norske* domstolars kompetanse og plikt, identifiserer imidlertid ikke sannsynlige virkningskanaler: se om dobbeltprosess i norsk rettspraksis og rettslitteratur i avsnitt 7.6 ovenfor.

Hypotesen om folkerettsbrudd testes prinsipielt i *konvensjonsorganene*. Konstatering av folkerettsbrudd i et konvensjonsorgan gir rettskrav på gjenåpning av samme sak etter strprl. § 391 nr. 2 litra b (avsnitt 8.6). I så fall aktualiseres bruk av § 392(2) i *analoge* saker (avsnitt 8.7).

Det fremgår at rettsstillingen til tiltalte eller rettskraftig dømte vil kunne avhenge av avprosessutfall for andre parter i Høyesterett og/eller i konvensjonsorganene. Vi drøfter ikke kriterier for saksanlegg i internasjonale organer, og heller ikke (den betingede) rettsstillingen til rettskraftig dømte etter temporale kriterier. Symmetri tilsier – røft oppsummert – at alle som er funnet skyldig etter tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse etter innføringen av sektor-

²⁴⁶ Se § 376a(3), 2. punktum ad anke over tilsidesettelsesbeslutning. En etterfølgende frifinnende dom vil ikke kunne ankes etter intern rett (strprl. § 307).

Klage til konvensjonsorganene forutsetter ikke en etterfølgende fellende dom fordi *risiko* for dobbeltprosess (og dermed også etterfølgende frifinnende dom) konstituerer folkerettsbrudd, se avsnitt 7.5.3 ovenfor. Dette er eksemplifisert av *Nikitin* ovenfor (se også avsnitt 7.2.2).

monisme i 1962 har *rettskrav* på gjenåpning. Formell rettferdighet tilsier likebehandling av alle som er funnet skyldig etter tilsidesettelse av frifinnende jurykjennelse siden 1933.²⁴⁷

Forskjellige tidspunkter for folkerettslig bundethet og norske forbehold reiser avgrensningsmessige problemer for grupper av domfelte. I denne sammenheng har det betydning at folkerettsbruddet forankres i de generelle ”fair trial”-kravene i SP 14(1) og EMK 6(1) og ikke (utelukkende) i spesialbestemmelsene.

Den analytiske delen av artikkelen er basert på beslutningsregimet som har vært virksomt fra og med to-instansreformens ikrafttredelse i 1. august 1995. Som dokumentert i avsnitt 2.1 ovenfor, har innretningen av tilsidesettelsesmekanismen variert over tid (hertil kommer en mulighet for samspill med vedtaksforhetsregler som nevnt i kapittel 4). Mekanismen som virket i perioden fra 1. januar 1990 til 1. august 1995 må med en krympet meddomsrett i trinn to ha medført *høyere risiko* for type I feil enn gjeldende ordning (avsnitt 5.3 ovenfor). I perioden 1933—1990 må bruken av jury som annentrinns-mekanisme isolert ha medført en lavere risiko for type I feil dersom fagdommerene var minst like strenge som lekdommerne (en tilstrekkelig, men ikke nødvendig forutsetning for konklusjonen, se avsnitt 5.3 ovenfor). Kriteriene for tilsidesettelse var imidlertid mindre krevende frem til 1986, og det eksisterte i prinsippet mulighet for et uendelig antall trinn og uoversiktelige effekter (avsnitt 2.1 og 7.6 ovenfor).

Det antas at variasjonen i utformingen av dobbeltprosessmekanismen i seg selv ikke begrunner forskjellsbehandling av rettskraftig domfelte (vi legger større vekt på strukturen i argumentasjonen enn konkrete beregninger).

Under henvisning til subsidiaritetsprinsippet og behovet for en effektiv prøving av spørsmål om konvensjonskrenkelse, har det skjedd betydelige *domstolskapte* endringer i prosesssystemet gjennom utvidelse i adgangen til gjenåpning og i Høyesteretts kompetanse ved videre kjæremål. Dette er viktige premisser for diskusjonen nedenfor.

8.2 Gjenåpning og trippelprosess?

Dersom gjenåpning besluttes, skal saken etter ordlyden i strprl. § 400(1), 1. punktum henvises til en ”ny fullstendig behandling”. En ny bedømmelse av bevisene under skyldspørsmålet innebærer imidlertid (om enn ikke i kvalifisert forstand) ”triple jeopardy”.

²⁴⁷ Det foreligger lite informasjon om tilsidesettelser. Nygard [2010] rapporterer 67 tilsidesettelser etter § 376a i perioden 1996—2006 (s. 176). Med hensyn til antallet *domte* etter frifinnende kjennelse begrenser vår kunnskap til følgende: ni i perioden 1989—91 (kilde: NOU 1992: 28 s. 193); 46 i perioden 1996—2007 (Kilde: ”Lekdommere i strafferettspleien”; upublisert notat av Jonas Nygard, ukjent dato); 15 i 2005—06 (kilde: ”Når tilsidesettelser går i meddomsrett: Skillet går ikke mellom fagdommere og meddommere” (kilde: *Rett på sak* 4(1), 2007, s. 4—5) og fire i 2007 (kilde: Domstoladministrasjonen: Årsmelding 2007 s. 14). Det fremgår ikke om det ble ny sak etter alle tilsidesettelsene. Derfor er 63 prosent en *nedre* grense for andelen som ble domfelt i den etterfølgende meddomsproessen i perioden 1996—2006.

Innenfor lovens system er en mulig løsning at den aktuelle domstolen med påtalemyndighetens samtykke, avsier frifinnende dom etter § 400(5), 2. punktum. Løsningen er imidlertid ikke fullt tilfredsstillende fordi det er usikkert om påtalemyndigheten kan anses forpliktet til å gi et slikt samtykke.²⁴⁸

Det fremgår ikke av straffeprosessloven om lagmannsretten skal settes med lagrette eller meddommere ved gjenåpning. Selv om usikkerheten ikke bør få betydning for avgjørelsen av straffekravet, får den betydning for avgjørelsen av eventuelle sivile krav, jfr strprl. § 434 og avsnitt 3.3 ovenfor. Dette er symptomatisk for *ad hoc*-karakteren til § 376a.²⁴⁹

Dersom Høyesterett forkaster en anke over beslutning etter § 376a i.f. begrunnet i folkerettsstrid, antar vi at avgjørelsen må kunne gjenåpnes, men at begjæringen i så fall må rettes mot både meddomsrettens dom og Høyesteretts avgjørelse, se Hov [2007] 612—613. Gjenåpningssaken vil i dette tilfellet gå for Høyesterett.

8.3 Høyesteretts kompetanse: folkerettsforpliktelsen foran § 376a

8.3.1 Premisser

Ved straffeprosessloven av 1887 § 5 og strprl. § 4 har det eksistert monisme i straffeprosesssektoren siden 1962.²⁵⁰ EMK har vært gjeldende norsk rett i egenskap av ”lovforskrift” siden inkorporeringen i 1962 (EMK i kraft for Norge fra 1953), og SP og EMK P7 gjeldende norsk rett siden ikrafttreden i henholdsvis 1976 og 1988. Med ”lovforskrift” forstås det meningsinnhold som er dannet i tilknytning til strprl. § 388(1) nr. 3, og som ifølge høyesterettspraksis også er relevant i forhold til § 392(1), se avsnitt 8.5.1 nedenfor.

I den enstemmige plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 (*Bøhlerdommen*) heter det: ”Straffeprosessloven § 4 fastslår at loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat. Domstolene har i lang tid lagt til grunn at de krav som EMK, og for så vidt også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), stiller ved behandling av straffesaker, er en del av norsk rett, og at i tilfelle motstrid vil konvensjonenes bestemmelser gå foran [...]. Konse-

²⁴⁸ Selv under betraktning av Norges internasjonale forpliktelser, Grunnloven § 110c og eventuelt et nytt rettskildebilde med et internasjonalt konstatert rettighetsbrudd, synes det usikkert om plikt på påtalemyndigheten til samtykke kan utledes, se den særlige instruksjonesregelen i strprl. § 56(2), 2. punktum. (Ifølge Hov [2007] s. 630 har på den annen side Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelser til gunst for siktede ”nærmest vært ansett som frifinnelsesdommer” og påtalemyndigheten har nedlagt påstand om frifinnelsesdom.)

²⁴⁹ En ”horisontal” analogi til instansregler som diskutert i Hov [2007] s. 610 kan tilsi behandling i lagmannsretten satt med lagrette.

²⁵⁰ Se Bjerke & Keiserud [2001a] s. 38—47 og Aall [1998] s. 150—168.

kvensen av dette er [...] at EMK Protokoll 7 artikkel 4 om virkningen av en straffedom har vært gjennomført i norsk intern rett siden den trådte i kraft [...].²⁵¹

Norge tok i forbindelse med ratifikasjonen av SP flere forbehold, herunder med hensyn til art. 14(7). Fordi *menneskerettsloven* gjør SP og EMK til formell norsk lov kun så langt konvensjonene var bindende ved vedtakelsen (§ 2, 1. punktum), har loven ikke supplert rekkevidden av SP i monisme-sektoren.²⁵² Forbeholdet er en anomali i Norges tilslutning til menneskerettighetene på folkerettslig nivå.²⁵³

Vi antar at Høyesterett har plikt til å avsi frifinnelsesdom ved anke over tilsidesettelsesbeslutning og ved anke over etterfølgende dom (strprl. § 342(2) 2. punktum). Begrunnelsen følger i avsnitt 8.3.2 nedenfor.

Gitt at hypotensen om folkerettsbrudd er holdbar, men at det ikke foreligger en befestende høyesterettsdom, er fagdommernes posisjon usikker.

Dersom det foreligger en befestende avgjørelse i et konvensjonsorgan, antar vi at fagdommerne har plikt til å ikke anvende § 376a, det vil si plikt til å avsi frifinnelsesdom etter juryens kjennelse (strprl. § 376), se avsnitt 8.6 nedenfor. Vi fremhever at hypotensen om folkerettsbrudd er basert på en ”statisk tolkning” av konvensjonene og en ”fikspunkt betraktning”: løsningen Høyesterett vil komme frem til gitt det foreliggende rettskildet. ²⁵⁴

²⁵¹ S. 1024. Formuleringene er knyttet til Statens påstand om dualisme og at norsk rett med motstrid måtte gå foran fordi EMK P7 art. 4 først ble gjeldende som norsk lov fra ikrafttreden av menneskerettsloven. Se tilsvarende Opsahl [1982] (”I straffeprosessen er det etter min mening unødvendig å drøfte dette gamle tema nærmere. Både den någjeldende straffeprosesslov av 1887 [...] og den nye lov av 1981 [...] ’gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat’. Eiendommelig nok må det visst innrømmes at ingen hittil har tenkt særlig mye på menneskerettighetene her” (s. 488—89).

²⁵² Se United Nations, *Treaty Series*, Vol. 999, No. 14668, s. 297 og 298. Forbeholdet er motivert av en gjenåpningsregel til *skade* for tiltalte, som er videreført i norsk rett og nå hjemlet i strprl. § 393(1) nr 2. Forbeholdet ble ikke opphevet i forbindelse med vedtagelsen av menneskerettsloven.

En bemerkning i *Bøhlerdommen* (s. 1024) om at ”ingen av partene har kommet inn på det tilsvarende forbud mot dobbeltstraff i SP artikkel 14 nr. 7, som også gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 3” må være en glipp.

²⁵³ Anomalien gjør at en forankring av folkerettsbruddet utelukkende i det som i avsnitt 7 kalles en minimumsrettighet, ville kunne lede til vilkårlig forskjellsbehandling av grupper av domfelle.

Forankringsspørsmålet har også betydning for saksanlegg ved internasjonale organer: For individklage til EMD gjelder strenge tidsfrister (EMK art. 35(1)). Dermed vil eneste farbare vei kunne være SP og klage til FNs menneskerettighetskomité, se Første tilleggsprotokoll til SP jfr mrl. § 2 nr. 3 litra a.

²⁵⁴ I *Dobbeltstraff I*, som kommenteres nedenfor, hadde Asker og Bærum herredsrett tilsidesatt norske høyesterettsdommer basert på en nylig avsagt dom i EMD.

I storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1861 heter det: ”Saken gjelder et spørsmål om forståelsen av EMK. Høyesteretts syn vil ikke være avgjørende for forståelsen av konvensjonen når spørsmålet senere måtte komme opp for EMD. På dette området vil det alltid være en mulighet for at Høyesterett må endre sin praksis som følge av nye avgjørelser fra EMD. Det er da mindre betenkelig å fravike en tidligere høyesterettsavgjørelse på dette området enn ellers” (annenvoterende, avsnitt 171) I *Bøhlerdommen* heter det til og med at ”norske domstoler [vil] kunne inngå et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis” (s. 1008).

I fravær av en konvensjonsavgjørelse om tilsidesettelsesordningen, kan hensynet til instansfølgen tilsi at fagdommerne ikke åpent tilsidesetter § 376a.²⁵⁵

8.3.2 Begrunnelse (tilstrekkelighet)

Paragraf 376a er en klart fastsatt og praktisert bestemmelse. Som ledd i å etablere *tilstrekkelige* argumenter for at Høyesterett har kompetanse og plikt til å legge den mer implisitte folkerettsreguleringen til grunn, vises til prinsipielle uttalelser om folkerettens stilling i et utvalg høyesterettsdommer. En sentral premiss er at folkerettsbruddet følger av en *statisk* tolkning av konvensjonene (kapittel 7 ovenfor).²⁵⁶

I storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1861 avsnitt 74 uttales:

Menneskerettsloven gjør EMK og SP til norsk rett. Etter lovens § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Bak bestemmelsen ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett. De grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangbestemmelsen i § 3 er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt-2000-996, Rt-2002-557 og Rt-2003-359. I plenumskjennelsen i Rt-2005-833 heter det i avsnitt 45 at norske regler ved anvendelsen av reglene i EMK skal ”foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”

I plenumsdommen Rt. 2002 s. 557 (*Dobbeltstraff I*) hadde lagmannsretten ment at EMK P7 art. 4(1) tilsa avvisning av en straffesak når tiltalte var ilagt tilleggsskatt. Under henvisning til tidligere høyesterettsdommer og klarhetsdoktrinen fant imidlertid lagmannsretten ikke å kunne bygge på konvensjonskrenkelse. Høyesterett uttalte:

Norske domstoler skal ved tolkningen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolkning av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg,

²⁵⁵ Enkelte av dommene som refereres i avsnitt 8.3.2 nedenfor kan tolkes i retning av en mer omfattende kompetanse for lagmannsretten. Problemstillingen kan ikke drøftes generelt her (se Caminker [1994] for noen perspektiver).

²⁵⁶ Dommene det referes til knytter i hovedsak an til EMK. Inkorporeringen gir ikke grunnlag for å skille mellom EMK og SP, se avsnitt 73—81 og 100—102 i den enstemmige storkammeravgjørelsen i Rt. 2009 s. 1764 (Restauratørsaken).

kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3. Når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkningen må være ”rimelig klar” for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000 [*Bøhlerdommen*].²⁵⁷

I plenumsdommen Rt. 2005 s. 833 skar Høyesterett gjennom klar norsk lovgivning uten eksplisitt støtte i konvensjonsavgjørelser og uttalte:

Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett. Vår sak gjelder en bestemmelse som vi i Norge antagelig står alene om å ha. At det ikke finnes praksis fra EMD om dette spørsmålet, må ses på denne bakgrunn og utelukker ikke at det kan trekkes bindende slutninger fra EMDs praksis til vår sak. (Avsnitt 47.)

Under henvisning til *Salabiaku v. France* påpekes at EMK 6(2)’s ”according to law” ikke er en åpen delegasjon til intern rett (se avsnitt 7.2.3 ovenfor).

På virkefeltet for sentrale ”fair trial”-krav innrømmes konvensjonsstatene i høyden snevre marginer under EMK.

På *nasjonalt nivå* antas det tvilsomt å operere med en ”skjønsmarginlære.”²⁵⁸ Subsidiært vises det til Rt. 2005 s. 833; hvoretter ”prinsippet om nasjonal skjønsmargin først og fremst har betydning i forbindelse med rettigheter av politisk art. Når det derimot gjelder fundamentale rettsikkerhetsgarantier i strafferetten, som uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2, er det etter praksis lite spillerom for nasjonalt skjønn. Skjønsmarginen har heller ikke vært tema i avgjørelsene fra EMD på dette området” (avsnitt 76).

Dobbeltprosessmekanisme bryter med negative forpliktelser, hvis iakttagelse ikke forplikter traktatstater til ”nye” rettigheter.²⁵⁹ Med hensyn til ”verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning” gjelder at hverken i 1933 eller under senere

²⁵⁷ Førstvoterendes votum avsnitt 3. På dette punktet er dommen enstemmig, se annenvoterendes votum s. 573. Tvistelovutvalget fremhever vedrørende tvl. § 1-2 at domstolene for å sikre en saksbehandling i samsvar med folkeretten vil ”måtte ta stilling til det nærmere innholdet i den aktuelle folkerettslige regel – også hvor løsningen er usikker – basert på etablerte, folkerettslige tolkningsprinsipper. Det er ikke forenlig med folkerettsreservasjonens formål å sensurere den folkerettslige regelen gjennom å stille særegne krav til presisjon eller klarhet” (NOU 2001: 32, 1. spalte s. 181). Skoghøy [2002] gir en oversikt over andre dommer som kaster lys over problemstillingen.

²⁵⁸ Se Sørensen [2004] ad EMK og avsnitt 8.5.1 nedenfor om problemstillinger i skjæringspunktet mellom juridisk metode og forfatningsrett.

²⁵⁹ Motstrid mellom klar intern norsk rett og rettigheter som følger av en dynamisk utvikling av folkerettsinstrumentene, reiser problemstillinger på nivået for metode og forfatningsrett som ikke diskuteres her.

prosessreformer er det gjort prinsipielle rettsikkerhetsmessige vurderinger av ordningen (avsnitt 7.6 ovenfor).

I drøftelsen av 4P7 og SP 14(7) i *Dobbelstraff I* heter det at ”å la nasjonale regler være avgjørende for omfanget av vernet mot dobbeltforfølgning etter artikkel 4 i Protokoll 7 [---] vil bryte med konvensjonens grunnleggende prinsipp om effektiv beskyttelse av de rettigheter som konvensjonen garanterer individene i medlemsstatene” (se avsnitt 7.2.3 ovenfor). Som en følge av dommen og Rt. 2002 s. 497 (*Dobbelstraff II*), kan norske myndigheter ikke lenger anvende et dobbeltsporet system i form av administrativt fastlagt tilleggsrett etter ligningsloven kapittel 10 og straff etter ligningsloven kapittel 12 når reaksjonene er separert i tid. I form av en *samtidig forfølgning* kan dobbeltsanksjonering fremdeles skje.²⁶⁰ Skattesanksjonen ligger i randsone for det autonome straffebegrepet i EMK.²⁶¹ Det vil være merkelig å la konvensjonene regulere denne forfølgningen så gradert, men ikke la dem ramme den *kvalifiserte dobbeltprosessmekanismen* i saker som utløser lagrettebehandling.

Vi konkluderer at Høyesterett internrettslig har plikt til å legge folkerettsbrudd til grunn fremoverskuende avgjørelser selv i fravær av en konvensjonsavgjørelse.

8.4 Rettskraftig dømte I: ”direkte” gjenåpning etter § 392(2)

I fravær av en befestende høyesterettsdom (og konvensjonsavgjørelse) gir en holdbar hypotese om folkerettsbrudd ikke uten videre rett til gjenåpning. Men dersom ”særlige forhold gjør det tvilsomt om [en fellende dom etter tilsidesettelse] er riktig og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om *siktedes skyld* blir prøvd på ny”, kan gjenåpning besluttes, strprl. § 392(2) (vår utheving). På dette grunnlaget kan rettskraftig dømte ha et ”direkte” krav på gjenåpning.

I Rt. 2004 s. 357 tillot Høyesterett²⁶² under henvisning til implementeringen av EMK gjenåpning av en kjennelse som *ikke* gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

Domfellelse hadde skjedd etter et straffebud som på gjerningstidspunktet ikke var kunngjort i *Norsk Lovtidend*. Dette var i strid med EMK art. 7. Det heter om § 392(2): ”Det er altså når tungtveiende hensyn tilsier en ny prøving av *skyldspørsmålet* at bestemmelsen gir grunnlag for gjenopptakelse. I vår sak er problemet ikke bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, men lovanvendelsen [...] som igjen får betydning for straffutmålingen. Bestemmelsen i § 392 er andre ord ment som en ytterste sikkerhets-

²⁶⁰ Rt. 2004 s. 645 avsnitt 9.

²⁶¹ Skoghøy [2002a] s. 350—352.

²⁶² Saken ble overført fra Kjæremålsutvalget til Høyesterett etter plenumsf. § 6(2).

ventil, som skal brukes med stor varsomhet, og jeg er ikke kjent med at den har vært anvendt i tilfeller som likner vårt. Men når vi er i den spesielle situasjonen at den opprinnelige avgjørelsen blir sett som å være i strid med en bestemmelse i EMK, mener jeg det må kunne sies at tungtveiende grunner tilsier en ny prøving, og at gjenoptakelse da bør besluttes” (avsnitt 23).

Også i forhold til *avveiningsspørsmålet* om gjenåpning skal skje, var resultatet – fordi ”det kan synes formalistisk å legge avgjørende å vekt på kunngjøringen” – ikke opplagt.²⁶³ Det samme gjelder utfra avveiningsmoment som ble fremhevet i plenumsavgjørelsen Rt. 2003 s. 359 (hva domfelte ”reelt sett [...] vært utsatt for ved et brudd,” avsnitt 8.5.2 nedenfor).

Gitt at hypotesen om folkerettsbrudd er holdbar, synes Rt. 2004 s. 357 å gi et *tilstrekkelig* grunnlag for gjenåpning.²⁶⁴ Dommen bør ses i sammenheng med Rt. 2003 s. 1827, hvor det ble stilt spørsmål ved – men ikke besvart – om Høyesterett og Kjæremålsutvalget i forbindelse med videre kjæremål ved påståtte folkerettskrenkelser har kompetanse til ikke bare å prøve den generelle lovtolkningen, men også den konkrete subsumsjonen. I Rt. 2007 s. 404 tolket Høyesterett²⁶⁵ strprl. § 388(1) nr. 3 og tvml. § 404(1) nr. 3 innskrenkende under henvisning til subsidiaritetsprinsippet og behovet for en fullstendig og effektiv prøving (avsnitt 40 og 88).²⁶⁶

8.5 Rettskraftig dømte II: befestende høyesterettsdom og gjenåpning av analoge saker etter § 392(1)

En høyesterettsdom som befester hypotesen om folkerettsstrid vil kunne få virkninger for en bred klasse domfelte. Etter strprl. § 392(1) kan gjenåpning besluttes når ”Høyesterett har fra-veket en *lovtolkning* som den tidligere har lagt til grunn, og som *dommen* bygger på” (vår uthevning).

For anvendelse av bestemmelsen må dommen som påstås gjenåpnet og den nye avgjørelsen bygge på samme ”lov”, og endringen i rettsstilstand essensielt kunne tilskrives en endret oppfatning av denne ”loven” (avsnitt 8.5.1). Gitt disse betingelsene, foreskriver den åpne markøren ”kan” en avveining (avsnitt 8.5.2).

²⁶³ Sitat: førstvoterende, avsnitt 18

²⁶⁴ I Ot prp nr 70 (2000—01) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (gjenoptakelse)* heter det at om ”traktatbruddet [er] på det rene, vil vilkårene i straffeprosessloven § 392 annet ledd regelmessig være oppfylt” (s. 59).

²⁶⁵

²⁶⁶ Saken ble overført fra Kjæremålsutvalget til Høyesterett etter plenumsl. § 6(2).

Det samme gjelder ved anke over ”den generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel” etter tvl. § 30-6 (Schei *et al.* [2007b] s. 1361—1362).

8.5.1 Innstegsbetingelsene, herunder det prosessuelle lovtolkningsbegrepet

Betydningen av ”lovtolkning” i § 392(1) er den samme som ”tolking av en lovforskrift” i bestemmelsen om videre kjæremål i strprl. § 388(1) nr. 3, se for eksempel plenumsavgjørelsen i Rt. 2003 s. 359.²⁶⁷ Det er sikker rett at rettsnormer som gjelder i henhold til inkorporeringsregelen i strprl. § 4 er ”lovforskrift” i relasjon til disse bestemmelsene.²⁶⁸ Kjæremålsutvalget har akseptert som tolkning av lovforskrift at ”den rettslige løsning beror på flere skrevne rettsregler sett i sammenheng,” at ”løsningen ikke er basert på en konkret rettsregel, men på forutsetninger og hensyn bak regelen” eller ”prøving av om lagmannsrettens avgjørelse er i samsvar med mer alminnelige prinsipper eller forutsetninger som prosesslovgivningen hviler på”.²⁶⁹ Vi viser også til sitatet fra plenumskjennelsen i Rt. 2005 s. 833 i avsnitt 8.3.2 ovenfor, og legger til grunn at en høyesterettsavgjørelse som måtte befeste hypotesen om folkerettsbrudd vil være ”lovtolkning” i henhold til § 392(1).

Begrunnelsen for at norske domstoler har plikt til å legge folkerettsbrudd til grunn i avsnitt 8.3 ovenfor, viser til dommer avsagt under menneskerettsloven og Grunnloven § 110c. En mulig innvending mot at innstegsbetingelsene i § 392(1) er oppfylt for en delmengde av domfelte, er at en dom som befester hypotesen om folkerettsbrudd er drevet av *ny lovgiving* og dermed faller utenfor det prosessuelle lovtolkningsbegrepet.

En slik problemstilling ble reist og avist i Rt. 2003 s. 359 med det som kan identifiseres som argumentasjon på to nivåer, henholdsvis nivået for ordinære normer og nivået for juridisk metode:

Frem til Rt. 2002 s. 557 (*Dobbeltstraff I*) hindret tilleggs katt ikke senere straffesak om samme forhold. Kunne en straffedom fra 1998 gjenopptas på bakgrunn av *Dobbeltstraff I*? På nivået for ordinær argumentasjon heter det i Rt. 2003 s. 359:

Påtalemyndigheten har anført at bestemmelsen i § 392 første ledd ikke kan anvendes fordi den endrede rettsoppfatning er resultatet av ny lovgiving og ikke av en endret lovtolkning. Jeg er enig i at det i denne henseende må trekkes et skille mellom rettsendringer som har sin årsak i endret lovgiving og endringer som skyldes en endret lovtolkning. Når det skjer endringer i lovgivningen som er av mer indirekte betydning av forståelsen av den aktuelle lovbestemmelse, vil man her kunne stå overfor grensespørsmål.

²⁶⁷ Avsnitt 52; enstemmig.

²⁶⁸ Se med videre henvisninger Reusch [1999] s. 207. Se Schei *et al.* [2007b] s. 1361—1364 ad tvl. § 30-6 litra c, som ”svarer fullt ut” til tvml. 404(1) litra c (NOU 2001: 32 annen spalte s. 790).

²⁶⁹ Schei *et al.* [2007b] s. 1362. Se også Reusch [1999] s. 207.

[---] For straffeprosesslovens vedkommende var EMK allerede inkorporert da straffesaken mot A be-
behandlet, jf. straffeprosessloven § 4. Forbudet mot gjentatt forfølgning i Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 var
likelydende i mai 2002 og i mars 1998. (Avsnitt 52—54.)

På nivået for juridisk metode heter det i Rt. 2003 s. 359:

Påtalemyndighetens hovedsynspunkt er at bestemmelsen [P7 art. 4.1] ikke kunne vært tolket slik som i
kjennelsen i Rt-2002-557 [*Dobbelstraff I*] dersom Høyesterett hadde anvendt det krav om klart grunn-
lag i EMK for å fravike norsk lovgivning som ble formulert i Rt-1994-610 (Bølgepapp). Vedtagelsen av
menneskerettsloven i 1999 var – hevdes det – avgjørende for at dette klarhetskravet ble oppgitt. Etter
§ 2 i loven gjelder EMK ”som norsk lov”, og etter § 3 skal bestemmelser i de konvensjoner som er
inkorporert, ved motstrid ”gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” Dette innebærer at oppgivelsen
av klarhetskravet var en konsekvens av menneskerettsloven, og den endrede rettsoppfatning i plenums-
kjennelsen 3. mai 2002 [*Dobbelstraff I*²⁷⁰] var derfor etter påtalemyndighetens syn et resultat av en lov-
givning som ligger etter Høyesteretts avgjørelse av As anke i 1998.

Jeg er enig med påtalemyndigheten i at resultatet i Rt-2002-557 neppe kunne vært nådd med
det prinsipp for tilpasning mellom konvensjonen og andre norske rettsregler som det ble gitt anvisning
på i Bølgepappkjennelsen. Prinsippet ble modifisert og er forlatt i senere rettspraksis. I Rt-2000-996
(Bøler) har den samlede Høyesterett lagt til grunn at avgjørelsen i Rt-1999-961 åpnet for en betydelig
modifikasjon av klarhetsprinsippet [---]

Selv om klarhetsprinsippet først ble definitivt forlatt i Bøhlerdommen fra 2000, kan det etter
min oppfatning ikke legges til grunn at det først ved menneskerettsloven ble etablert et slikt forrangs-
prinsipp som er nødvendig for det tolkningsresultat Høyesterett nådde i plenumskjennelsen fra 2002.
Som påpekt av flertallet i avgjørelsen i Rt-1999-961, var EMK allerede før menneskerettsloven gjort til
en del av norsk straffeprosess gjennom bestemmelsen i straffeprosessloven § 4. Det kan nok sies at
loven skapte et ”klima” for et større gjennomslag for konvensjonen, og derfor var viktig som tolknings-
faktor. Men det vil være å trekke dette for langt å si at den endrede rettsoppfatningen i kjennelsen 3. mai
2002 [*Dobbelstraff I*] er et resultat av menneskerettsloven.” (Avsnitt 53, 56—57 og 59.)

Med hensyn til den tilsidesettelsesmekanismen er det på nivået for inkorporerte prosesskrav
(nivået for ordinære normer) den samme stabilitet.²⁷¹ Basert på Høyesteretts utsagn på nivået
for juridisk metode, legger vi til grunn at innstegsbetingelsene i § 392(1) må være tilfredsstillt
for domfelte etter tilsidesettelse fra 1998.

En nærmere vurdering av statusen til utsagnene på nivået for juridisk metode kan
begrunne en mer ”kontinuerlig” rekonstruksjon av rettsutviklingen i forhold til det pro-

²⁷⁰ Det ble avsagt to plenumskjennelser den 3. mai. Tilordningen er likevel sikker, da *Dobbelstraff I* angikk sek-
vensen <tilleggsskatt, straff>, mens Rt. 2002 s. 497 (*Dobbelstraff II*) angikk sekvensen <straff, tilleggsskatt>.

²⁷¹ Ad skattesanksjonering var det en dynamisk utvikling, se Skoghøy [2002a].

sessuelle lovtolkningsbegrepet og dermed at innstegsbetingelsene bør anses tilfredsstillt lenger tilbake i tid: (i) Det er problematisk å hevde at *Bølgepappkjennelsen* fra 1994 var et prejudikat for en ”klarhetsdoktrine” eller et ”forrangsprinsipp”. (ii) Det er problematisk å legge til grunn at menneskerettsloven skal ha endret Høyesteretts *metode*.

Poeng (i) følger av analysen i Eng [2000], som viser at det innenfor rasjonalitetsrammen for juridisk argumentasjon er problematisk å overføre prejudikatlæren til nivået for rettskildelæren. Dette synes å være oversett av en praktisk talt samlet litteratur og av Høyesterett selv. (Skoghøy [2002b] dokumenterer forøvrig at det basert på høyesterettspraksis om sentrale prosessuelle garantier er problematisk å hevde et klarhetsprinsipp overhodet i perioden mellom *Bølgepappkjennelsen* og vedtagelsen av menneskerettsloven, s. 741—743.)

At domstolenes metode endres ved formell lov (ii) utfordrer statsrettslige kompetansenormer og reiser flere spørsmål i skjæringspunktet mellom juridisk metode og statsrett.²⁷²

Vi konkluderer at innstegsbetingelsene i § 391(1) kan være oppfylt for en bredere gruppe domfelte enn tilbake til 1998. Vi nøyer oss med å påpeke behovet for symmetri vis a vis gjenåpningskanalene som drøftes i avsnitt 8.4 ovenfor og 8.7 nedenfor, samt hensynet til formell rettferdighet (avsnitt 8.1 ovenfor).

8.5.2 Avveiningen: benyttelse av kompetansen?

Paragraf 392(1) gjelder alle rettsfelt. På monismesektoren antar vi at Rt. 2004 s. 357 og Rt. 2007 s. 404 som diskutert i avsnitt 8.4 ovenfor er tilstrekkelig til å begrunne gjenåpning for en bred klasse rettskraftig domfelte – dommene trer i stedet for avveiningene. På monismesektoren tilsier symmetribetraktninger at klassen som kan genereres basert på en bekreftede høyesterettsdom bør inkludere gruppen av domfelte som kan oppnå ”direkte” gjenåpning.

Det er ikke nødvendig å gå gjennom en liste av avveiningsmomenter. Med sikte på § 392(2) kommenteres likevel bekymring for ”et skred av gjenopptakelsesbegjæringer, noe som ikke bare vil ha store

²⁷² En ny lov kan kvalifisere nye klasser av relevante betingende fakta og forskjellige rettsfelt kan aktualisere forskjellige hensyn i rettsanvendelsen (betingende fakta på nivået for rettskildelæren). Dette endrer imidlertid ikke *metoden* eller normstrukturen på nivået for rettskildelæren.

Trolig i samme retning som i hovedteksten Sørensen [2004] og Johansen [2008] (kapittel 2). Spørsmål om forholdet mellom statsrett og metode er ikke tilfredsstillende behandlet i rettslitteraturen. I Nordén [2002] betraktes det (ordnede) normhierarki som statsrettslige kompetanseregler induserer som en mekanisme for effektiv implementering av politikk, herunder menneskerettigheter (særlig avsnitt 2.2 og 7.2). Dersom en endring på nivået for formell lov kunne utløse vidtrekkende konsekvenser i normhierarkiet, ville mekanismen svekkes.

administrative og økonomiske konsekvenser, men som også vil kunne påvirke respekten for rettskraftige dommer²⁷³ og noen vurderinger i Rt. 2003 s. 359.

”Økonomiske konsekvenser” bør begrenses til variable saksbehandlingskostnader ved domstolene. At gjenåpning kan utløse erstatningskrav er en inntektsomfordeling og ikke en realøkonomisk kostnad. Adekvat avgrenset synes kostnadene ved gjenåpning ignorerbare veid mot de motstående interessene. (Økonomisk—administrative kostnader har forøvrig ikke blitt anført mot dobbeltprosessmekanismen.) Plenumsdommen i Rt. 2009 s. 750, som av”[g]runnleggende rettsikkerhetshensyn” utvider fagdommernes plikt til tilsidesettelse av fellende kjennelser, kan tatt på ordet få omfattende konsekvenser.

Gjenåpning etter brudd på grunnleggende prosessuelle rettigheter vil vi tro måtte bidra til å øke respekten for dommer.

I Rt. 2003 s. 359 argumenterte førstvoterende for at det gjennom EMDs praksis hadde skjedd en betydelig rettsutvikling *etter* at dommen som søktes gjenopptatt var avsagt, og fant dermed støtte *mot* gjenåpning i forarbeidene fra 2001 (se kjennelsens avsnitt 71—74 og 81—93). Vi er enige i at det for avveiningen etter § 392(1) ”er naturlig å ta utgangspunkt i spørsmålet om hva A reelt sett har vært usatt for ved et eventuelt brudd på Protokoll 7 [...]” (A var allerede straffedømt, belastningen lå utelukkende i fremgangsmåten gjennom to behandlinger fremfor én, og det ene kravet gjaldt masseforvaltning i greseområdet for det (autonome) straffebegrepet, jfr ovenfor i avsnitt 8.3.2). Vi er imidlertid usikre på meningen i ”hensynet til forutberegnelighet og innrettelse har vekt også i [...] strafferettspleien” og at ”tilbakevirkning vil gripe sterkt inn i tredjepersoners rettigheter og plikter”.²⁷⁴ Avveiningstemaet ”støtende om dommen ble stående uendret” (avsnitt 62), som skriver seg fra straffeprosesslovkomiteén i 1969, må ha begrenset relevans gitt dagens rettskildebilde.

8.6 Alternativ virkningskanal: internasjonal avgjørelse og gjenåpning av samme sak etter § 391

Ved konstatering av folkerettsstrid i FNs menneskerettskomité (vedtatt ”view” etter realitetsbehandling av individklage) eller dom i EMD i sak mot Norge, vil klager etter § 391 nr. 2, litra b ha *rettskrav* på gjenåpning etter en fellende dom i meddomsretten: innvirkningskravet er *ipso facto* oppfylt og benådning eller erstatning mv. kan (alene) vanskelig ”bøte på den skade som feilen har medført.”

²⁷³ Ot prp nr 70 (2000—01) s. 56.

²⁷⁴ Henholdsvis avsnitt 78 og 76. Også ved spørsmål om gjenåpning til gunst for tiltalte må kontrollen med type I feil stå sentralt. Tvistelovutvalget uttaler i forbindelse med gjenåpning at ”[i] straffesaker er det særlig viktig å forvise seg om at ingen blir uskyldig dømt, mens hensynet til motpartens – påtalemyndighetens – behov for innrettelse ikke veier like tungt” (NOU 2001: 32 s. 421).

Det er mulig Høyesterett sikter til sivile krav og sammenkobling til behandlingen av straffekravet. Dette er en kobling vi stiller spørsmål ved i avsnitt 3.3 ovenfor, og som vel vil være en utilsiktet effekt av en vidtgående tolkning av uskyldspresumsjonen.

En vedtatt uttalelse fra Menneskerettskomiteén er ikke (folkerettslig) formelt bindende på samme måte som en fastsettelsesdom i EMD (EMK art. 46). Ingen av avgjørelsene har rettskraft i prosessuell forstand, men må på bakgrunn av gjenåpningsbestemmelsene, menneskerettsloven og Grunnloven § 110c forutsettes lagt til grunn av norske domstoler i samme sak. Se drøftelsen i NOU 2001: 32 avsnitt 14.2.3.7.11 og 15.6.4.9 samt forutsetningsvis Ot prp 70 (2000—01) avsnitt 5.3.2.3. Det vises også til avsnitt 81 i Rt. 2008 s. 1764 (*Restauratørsaken*) og avsnitt 8.3.2 ovenfor.

Hvis Høyesterett skulle ha forkastet hypotesen om folkerettsbrudd forut for en motsatt avgjørelse i et konvensjonsorganen, vil det i en interimperiode frem til ny behandling i Høyesterett foreligge to rettsavgjørelser som er gyldige etter hvert sitt autonome system.²⁷⁵ Fordi det dreier seg om en statisk tolkning av konvensjonene og et ”prejudikatsfravik til [fordel] for individet” antar vi at lagmannsretten i perioden *de lege lata* vil ha plikt til ikke å anvende tilsidesettelseshjemmelen.²⁷⁶

8.7 Rettskraftig dømte III: internasjonal avgjørelse og gjenåpning av analoge saker

Skulle folkerettsstrid bli konstatert i en sak mot Norge som forutsatt i avsnitt 8.6, oppstår spørsmålet om konsekvenser for *andre* som er rettskraftig dømt etter tilsidesettelse.

Det er sikker rett at § 391(1) nr 2b ikke gir grunnlag for gjenåpning av analoge saker. Det gjelder selv om domfellelsene har skjedd under det samme tilsidesettelsesregimet.²⁷⁷ Ved innføringen av hjemmelen i § 391 nr. 2b antydet imidlertid Justisdepartementet en mulighet for gjenåpning av analoge saker etter § 392(2):

Hensynet til den som ønsker sin sak gjenopptatt, vil imidlertid i rimelig utstrekning kunne ivaretas ved bruk av bestemmelsen i straffeprosessloven § 392 annet ledd. Og dersom Høyesterett endrer en lovtolking på grunnlag av avgjørelsen, kan man begjære gjenopptakelse i medhold av straffeprosessloven § 392 første ledd. Etter departementets syn er det derfor i denne omgang ikke tilstrekkelig grunn til å la slike avgjørelser gi en ubetinget rett til gjenopptakelse.²⁷⁸

Forarbeidene forutsetter (i motsetning til i den foreliggende situasjon) at det foreligger en avgjørelse basert på en dynamisk tolkning av instrumentene. Dette forsterker argumentene

²⁷⁵ Vi antar at interimperioden kun gjelder frem til beslutning om gjenåpning og ikke frem til gjenåpningssaken er avsluttet, fordi beslutningen ”innebærer i realiteten at avgjørelsen er opphevet” (NOU 2001: 33 s. 435).

²⁷⁶ Aall [1998] s. 166. Den foreslåtte løsningen er ikke opplagt, og illustrerer at det kan være nødvendig å inkludere prosessreglene i begreper om gjeldende rett (se avsnitt 8.3.1 ovenfor).

²⁷⁷ Ordlyden i § 391 nr 2 litra b er ikke klar, men Høyesterett har konsekvent fulgt tydelige forarbeider. Se særlig Ot prp nr 70 (2001—01) avsnitt 5.3.3 og s.71—73; plenumsavgjørelsen Rt. 2003 s. 359 avsnitt 48 og 71—73 og Rt. 2003 s. 1039.

²⁷⁸ Ot prp nr 70 (2000—01) s. 56. Merk at utvidelsen også gjaldt sivile saker, hvor gjenåpning av saker både på grunn av saksbehandlingsfeil og feil rettsanvendelse reiser motforestillinger av en annen art.

for gjenåpning etter § 392(2): på monismesektoren tilsier hensynet til symmetri og en effektiv gjennomføring av folkeretten at klassen av domfelte som kan få sin sak gjenåpnet etter en internasjonal avgjørelse samsvarer med klassen som kan oppnå gjenåpning ”direkte” etter § 392(2) (avsnitt 8.4 ovenfor), og vel at klassen er av samme størrelsesorden som gruppen som kan oppnå gjenåpning etter § 392(1) (avsnitt 8.5 ovenfor).²⁷⁹

9. Implisitte dobbeltprosessmekanismer

Prosessordningen medfører at *samme eller nye jurier* får prøve faktum på ny i situasjoner der tiltalte har uttømt rettsmidlene og det ikke hefter feil ved den første bevisbedømmelsen som sådan. Mekanismene illustrerer svakheter i tiltaltes dynamiske beskyttelse.

9.1 Ny votering over uendrede spørsmål til lagretten

Retten spørsmål til juryen er en integrert del av en straffedom. Likevel kan retten etter at juryens kjennelse er avsagt etter pålegge juryen å stemme på nytt over uendrede spørsmål (strprl. § 374). Dette kan åpne for et samspill mellom retten og juryen som utfordrer juryens uavhengighet (avsnitt 7.3 ovenfor) og en uholdbar økning i risikoen for domfellelse på en måte som er analog til hovedproblemstillingen.

Hagerup advarer mot bruk av straffeprosessloven 1887 § 355 (tilsvarer strprl. § 374(2) 2. punktum):

Da lagretten, hvor berigtigelsen ikke er foranlediget af formelle grunde, i ingen henseende er bunden ved sin tidligere afgjørelse, vil den nye afstemning kunne lede til helt forskjellig afgjørelse af samtlige spørgsmaal, ogsaa af saadanne, ved hvis første besvarelse der ingen feil klæbde, og det, selv om de angaar andre tiltalte end den, hvis skyld de urigtige svar omhandler [---] Et saadant resultat vil altid være stødende; og retten bør derfor være forsigtig i henseende til at aabne muligheden herfor. I ethvert fald vilde det være ganske i strid med loven, om berigtigelsesprocessen benyttedes som middel til at faa lagretten bevæget til at fravige et resultat, som retten anser for materielt urigtigt (Hagerup [1905] henholdsvis s. 201 og 199, fotnoter og uthevelse utelatt).

Et beryktet eksempel på slikt samspill mellom fagdommer og jury er den såkalte Arrowsmith Case (London, 1678), der juryen i *trede* rådslagning ga etter for press og avsa en fellende kjennelse.²⁸⁰

²⁷⁹ Spørsmålet om gjenåpning av analoge saker etter *dynamisk tolkning* i konvensjonsorganene reiser spørsmål som vi ikke drøfter.

²⁸⁰ Se Langbein, Lerner & Smith [2009] avsnitt 7.3.B og 7.3.C. Vi har ikke kunnet undersøke norsk rettspraksis.

9.2 Anke etter frifinnende kjennelse I: usikkerhet om straffekravs identitet

Reguleringen av rettens kompetanseposisjon kan i samspill med saksbehandlingsregler utløse en dobbeltprosessproblematikk som har sammenheng med usikkerhet om straffekravs objektive identitet. Problemstillingen belyses av kjennelsen i Rt 2002 s. 900 og den etterfølgende dommen i Frostating lagmannsrett (LF-2002-664).

Tiltalen gjaldt *forsettlig drap* og for *forsøk på forsettlig drap*. Juryen svarte nei på begge spørsmålene. Påtalemyndigheten krevde tilleggsspørsmål om *legemsbeskadigelse* og *forsøk på legemsbeskadigelse*. Retten avviste kravet og avsa frifinnelsesdom.

Påtalemyndigheten anket dommen over saksbehandlingsfeil. Basert på sammenhengen mellom strprl. §§ 38 og 364 og rettskraftreglene hadde retten *plikt* til å stille spørsmål om legemsbeskadigelse. Mot forsvarerens innsigelser opphevd enstemmig Høyesterett dommen og hovedforhandlingen: ”Hovedregelen i straffeprosesslova § 347 første ledd er at når ein dom blir oppheva, skal også hovudforhandlinga opphevast. Omsyna bak bak hovudregelen slår til også i dette tilfellet” (førstvoterende, s. 903). Det ble reist sak på ny for Frostating lagmannsrett. En ny jury ble trukket og fant tiltalte skyldig i *forsettlig drap* og *forsøk på forsettlig drap*.

Den selvutløsende dobbeltprossmekanismen i § 376a er inngjerdet med kriterier som medfører at den først aktiveres når fagdommerne ”utvilsomt” og enstemmig finner tiltalte skyldig (avsnitt 2.2 ovenfor). I den foreliggende situasjonen utløses den nye prosessen av en saksbehandlingsfeil som ikke har sammenheng avgjørelsen av realiteten i de to initiale frifinnende jurykjennelsene: det heftet ingen feil ved disse avgjørelsene som sådanne. Det er tilstrekkelig at et alminnelig flertall i ankeinstansen finner at rettens avvisning av å stille lagretten nye spørsmål ”kan ha innvirket på dommens innhold” (strprl. § 343(1) jfr § 35(2)).

Selv om bruken av *jury* i prosess nr. 2 for tiltalte isolert sett kan være en gunstigere mekanisme enn meddomsrett (avsnitt 5.3 ovenfor), og selv om bevisbedømmerne i trinn to mottar svakere – og trolig er mindre mottagelige for – signaler om skyld enn under den selvutløsende tilsidesettelsesmekanismen i § 376a (avsnitt 7.4 ovenfor), fremstår denne ordningen som mer vilkårlig.

Tiltalte risikerer i 4P7’s forstand endelig domfellelse i den første prosessen (avsnitt 7.2 ovenfor). Med grunnlag i at *domstolen selv* skulle basert seg en annen *rettslig klassifikasjon* av samme faktiske handling, tillater systemet en ny prosess til bedømmelse av samme faktiske handling under den initiale (ikke bare den nedsubsumerte) rettslige klassifikasjonen.

Zolotukhin's avvisning av rettslig karakteristik som identitetskriterium ved fastleggelsen av straffekravs objektive identitet tilsier at den drøftede sekvensen av avgjørelser er forbudt etter EMK. (Det samme måtte gjelde om tiltalte ble frifunnet i prosess nr. 2.) Det vises til den detaljerte drøftelsen i avsnitt 7.5.3 ovenfor.

De samme konklusjonene vil måtte gjelde om det kun ble stilt nedsubsumerte spørsmål i prosess nummer to. (En slik sekvens reiser imidlertid færre motforestillinger.)

Systemet er sårbart for strategisk adferd. Anta en initial frifinnende kjennelse. Dersom betingelsene om enstemmighet for tilsidesettelse ikke er oppfylt, kan to fagdommere, blokkere nye spørsmål til juryen (strprl. § 363(2) 2. punktum jfr. § 35(2)) og oppnå ny prøving av den prinsipale påstanden (om enn ikke i en meddomsrett).

I norsk rett har identitetsbegrepet i strprl. §§ 38 og 364 vært det samme som i strprl. § 51 og basert på en kombinasjon av rettslige og faktiske betraktninger, se Johansen [2008] avsnitt 16.2.2. Etter *Zolotukhin* må klassen av situasjoner hvor negative materiell rettskraft inntre etter strprl. § 51 avgrenses utelukkende utfra spørsmålet om ”forholdet” gjelder samme faktiske handling (implikasjoner er for eksempel drøftet i Rt. 2011 s. 172 og Johansen [2009]).

I Rt. 2011 s. 172 fastslås imidlertid ad identitetsbegrepet i §§ 38 og 364 under henvisning til anklageprinsippet at ”det er et nødvendig vilkår at det er tale om samme handling. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig. For at retten skal kunne dømme etter en annen straffebestemmelse enn den som er angitt i tiltalen, må det også stilles krav om at bestemmelsen ikke har en vesentlig annen rettslig karakter enn den bestemmelsen som er angitt i tiltalen” (avsnitt 19; vår understrekning). Dermed gjelder et system for avgrensning av ”samme forhold” som rettspolitisk foreslått i Johansen [2008], se avsnitt 16.7.2 om strprl. § 51 og avsnitt 16.7.3 om §§ 38 og 364.

Vi har ikke kunnet undersøke hvor mange som er domfelt under regimet.²⁸¹

Internrettslig burde Høyesterett latt de frifinnende kjennelsene bestå. ”Omsyna bak hovedregelen” som Høyesterett viser til for å begrunne tilsidesettelse av hovedforhandlingen i Rt 2002 s. 900, er de samme som hensynene bak straffeprosessloven av 1887. Omformuleringen i strprl. §347 av straffeprosessloven

²⁸¹ En lignende sekvens er beskrevet i LB-2005-5452, Rt 2006 s. 279 og LB-2006-46692: Juryen svarte nei på spørsmål om overtredelse av voldtektsbestemmelsen i i strl. § 192 1. ledd bokstav a jfr. 2. ledd bokstav a (voldtekt til samleie). Påtalemyndigheten ba om nye hovedspørsmål om strl. § 192 1. ledd bokstav b, subsidiært § 193 2. ledd. Retten kom imidlertid til (med støtte av forsvareren!) at det ikke dreide seg om samme forhold og at den ikke hadde kompetanse til å stille spørsmålene. Dette var en saksbehandlingsfeil som muliggjorde at en jury nr. 2 svarte ja på spørsmålet om voldtekt til samleie.

1887 § 396 var kun av redaksjonell art.²⁸² Saksbehandlingsfeilen kunne ikke ha hatt noen innflytelse på innholdet av kjennelsene som tilsa ugylldighet, jfr. straffeprossloven 1887 § 396(3) 2. punktum: ”Dog bliver efter Omstendighederne enten Forhandlingen eller saavel denne som Dommen delvis at opret-holde, forsåavidt som de også angaar Gjenstande, som ikke rammes af den begaaede Feil, og Retten finder, at en Udsondring er ubetænkelig”.

Se også det generelle forbudet mot *reformatio in pejus* ved anke til Høyesterett i straffeprossloven 1887 § 397 2. punktum (”Når ikke betingelsene for gjenoptagelse er til stede, må den nye dom ikke til skade for tiltalte fravike den eldre i deler der er uberørt av den ankegrunn som har bevirket ophevelsen”) og ved gjenåpning i § 421 (”Til skade for tiltalte maa den nye Dom ikke fravige den tidligere i Dele, der er uberørte af Genoptagelsesgrunden [...]”).

Også etter eksplisitt tilsidesettelse av *fellende* kjennelse ”kan tiltalte ikke dømmes etter strengere straffe-bestemmelser enn han ville blitt dømt etter dersom lagrettens kjennelse i den første behandlingen av saken var lagt til grunn, med mindre vilkårene for gjenåpning foreligger” (strprl. § 376c; den tilsvarende bestemmelsen i straffeprossloven 1887 er § 359(2)).

9.3 Anke etter frifinnende kjennelse II: overgang til mer generelle problemstillinger

Drøftelsen i avsnitt 9.2 og *Zolotukhin* peker mot generelle problemer som oppstår når det tillates anke etter en frifinnende jurykjennelse (eller mer generelt fra en frifinnende dom i lag-mannsretten). Mange rettsordninger setter snevre grenser for anke som kan endre realitets-avgjørelsen basert på dobbeltprosessbetraktninger (eller anke tillates, men uten betydning for den foreliggende realitetsavgjørelsen; såkalt *appeal without prejudice*).²⁸³

Vi kan ikke underkaste disse omfattende problemstillingene en generell analyse, men kommenterer ett aspekt ved den betingede begrunnelsesplikt Høyesterett har innført for bevis-bedømmelsen under skyldspørsmålet i saker som går for jury. Plikten er blitt presisert til (eventuelt) å gjelde fagdommernes beslutning om ikke å tilsidesette juryens fellende kjennelse etter strprl. § 376c, se Rt. 2010 s. 865 og avsnitt 2.3 ovenfor.

²⁸² NOU 1969:3 *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprossloven)* s. 330-331).

²⁸³ Med hensyn til samspillet med *lovanvendelsen* under skyldspørsmålet vises til Urbye [1910] s. 151, som problematiserer at en frifinnende dom kan oppheves uten at feilen har påvirket avgjørelsen av realiteten.

I Rt 2005 s. 1702 opphevet en enstemmig Høyesterett en dom etter en frifinnende jurykjennelse fordi lagmannen i sitt foredrag over den (ikke bindende) bevisbedømmelsen hadde gått for langt i å påvirke juryen i frifinnende retning. Tiltalte ble i en ny sak for en ny jury funnet skyldig (Borgarting lagmannsrett 24. mai 2006 LB-2006-11215).

Anta en situasjon der juryen har svart ”nei” på et prinsipalt spørsmål, som retten ikke setter til side etter § 376a fordi betingelsene om ”utvilksomhet” eller enstemmighet ikke er oppfylt.

Anta at juryen deretter svarer ”ja” på et nedsubsumert spørsmål.

Dersom *retten* gjør feil i sin begrunnelse for ikke å sette til side den nedsubsumerte jurykjennelsen, vil resultatet kunne bli opphevelse av *juryens* første kjennelse, til tross for at det ikke er holdepunkter for å si at det er noe galt med juryens avgjørelse av realiteten som sådan. I så fall får staten prøve det prinsipale spørsmålet for en ny jury som drøftet i avsnitt 9.2 ovenfor.

Også dette regimet er sårbart for manipulasjon (strategiske feil).

10. Avslutning

10.1 Konklusjon

Vi karakteriserer beslutningsregimet som § 376a etablerer for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet som en *kvalifisert selvutløsende dobbeltprosessmekanisme*. Tidligere versjoner av mekanismen muliggjorde i prinsippet et uendelig antall prosesser. Vi identifiserer også visse ”implisitte” dobbeltprosessmekanismer. Et felles kjennetegn er at utfallet i en sak (potensielt) bestemmes av en serie for tiltalte uangripelige avgjørelser, der den enkelte avgjørelsen i sekvensen kan ende fatalt. Når myndighetene slik gis mulighet til å kaste mynt flere ganger (Amars metafor), mister andre prosessgarantier sin betydning og kontrollen med type I feil (domfellelse av uskyldig tiltalte) blir illusorisk.

Vi argumenterer for at tilsidesettelsesordningen bryter med adgangen og retten til en uavhengig og upartisk domstol, eksplisitte dobbeltprosessforbud og det overordnede ”fair-trial”- kravet: En grunnleggende *dynamisk horisontal beskyttelse* må være innebygget i SP 14(1) og EMK 6(1).

Argumentasjonen for folkerettsbrudd er ensidig forsåvidt som en optimal systemutforming krever at det også tas hensyn til risiko for type II feil (frifinnelse av skyldige tiltalte). Men før den avveining som uomgjengelig vil inngå i en slik diskusjon kan foretas, må en videre kontekst – innretningen av et bredere sett instrumenter – være på plass. Designen kan ikke inkludere dobbeltprosessmekanismer.

[D]ouble jeopardy is not simply res judicata dressed in prison grey. [...] It equalizes, in some measure, the adversary capabilities of grossly unequal litigants. It reflects not only our demand for speedy justice,

but all of our civilized caution about criminal law—our respect for a jury verdict and the presumption of innocence [...], our distinction between prosecution and presecution.²⁸⁴

Hypotesen om folkerettsbrudd gir opphav til en flerhet av mulige virkningskanaler i norsk rett og kan få betydning for forskjellige grupper av rettskraftig domfelte.

På bakgrunn av den omfattende debatten ved innføringen av juryordningen i 1887, er det overraskende at tilsidesettelseshjemmelen kunne vedtas på en summarisk måte i 1933. Mekanismen har overlevd alle senere utredninger og reformer på straffeprosessens område, såvidt vi kan se uten en eneste advarsel av rettsikkerhetsmessig art. Dette er symptomatisk for en metodologisk svakhet som gjør seg gjeldende i en del rettstenkning, analyse av rettsavgjørelser og rettsnormer fra et *ex post*-perspektiv.²⁸⁵

Johansen [2008] konkluderer etter en bred gjennomgang med at regler om gjentatt straffeforfølgning i norsk sammenheng anses som teknisk-prosessuelle, og ikke som grunnleggende rettsstatsprinsipper.²⁸⁶ Vårt arbeid med det spissede settet av problemstillinger som § 376a reiser, bekrefter dette inntrykket.

Vi skal ikke drøfte juryordningen som sådan, men konstaterer at den er under press, paradoksalt nok under henvisning til menneskerettigheter. En påstand om det er en svakhet at lagretten ikke begrunner avgjørelsen av skyldspørsmålet, synes å ha fått aksiomatisk status. Funksjonell analyse tilsier imidlertid at spørsmålet ikke er opplagt.²⁸⁷ Det rettslogiske grunnlaget for utviklingen kan også diskuteres.²⁸⁸

²⁸⁴ Comment [1965] s. 278.

²⁸⁵ Krav om anleggelse av et *ex ante*-perspektiv er et fundamentalt metodologisk prinsipp av så stor rekkevidde at det kan virke misvisende å gi referanser til noe annet enn hele litteraturer (men se avsnitt 8.C.1 i Kaplow & Shavell [2002]).

²⁸⁶ Se nærmere avsnitt 8.3.2 ovenfor.

Backer [1984] antyder i forbindelse med en sammenligning av den norske og amerikanske juryordningen at man kan ha ”overført enkelte idéer utenfra til den hjemlige scene uten å være konsekvent og uten å få med seg det tankegods som de fremmede idéer bygger på” (s. 295). Amerikansk konstitusjonell rett er ikke behandlet i forarbeidene til menneskerettsloven.

²⁸⁷ Det er logiske problemer forbundet med med å begrunne kollektivbeslutninger under henvisning til eksogent gitte kriterier (stikkord: det doktrinære paradoks og logisk aggregeringsteori). Nordén [2012a,2012b] kartlegger risiko for tiltalte ved overgang til såkalt premissbaserte beslutningsmekanismer som i en begrenset forstand kan begrunne kollektivavgjørelser.

²⁸⁸ En konklusjon i EMD eller Menneskerettighetskomiteen om at sentrale sider ved juryordningen er konvensjonsstridig ville i seg selv representere et oppsiktsvekkende ”dynamisk” politikkvalg (se i denne forbindelse den franske regjeringens intervensjon i storkammerdommen *Taxquet v. Belgium* avsnitt 80—83). At norske domstoler – selv forutsatt et folkerettslig grunnlag – skulle få kompetanse til å sette til side sentrale deler av den norske prosessordningen, utfordrer grunnleggende prinsipper på nivået for statsrett og metode. Utviklingen fra og med avdelingsdommen i Rt. 2009 s. 1439 fremstår som merkelig (herunder i relasjon til plenumsdommen i Rt 2009 s. 750). Vi nøyer oss med å vise til dissenterende dommers votum i førstnevnte dom (avsnitt 40—69).

Desimeringen av juryen som startet i 1933 ville ad formell lovs vei blitt blokkert av Adler–Falsens formidable forslag til *konstitusjonalisering* av prosessgarantier.²⁸⁹ Deres utkast innebar grunnlovfestet krav på jury, absolutt beskyttelse av frifinnende kjennelser som ikke skal begrunnes.²⁹⁰ Gjennom tilsidesettelsesordningen og krav til (overprøvbar) begrunnelse av jurykjennelser er det innført en avgjørelsesmekanisme for straffekrav som i prinsippet erstatter en desentralisert autoritetsstruktur med en hierarkisk ordnet, byråkratisk prosessform.²⁹¹

I norske offentlige dokumenter heter det at SP ”tar sikte på å beskytte visse grunnleggende sivile og politiske rettigheter” og at straffprosess ”gjelder et område hvor hensynet til menneskerettighetene gjør seg særlig sterkt gjeldende.”²⁹² Menneskerettighetslovutvalget mener at konvensjonen ”omhandler de fundamentale sivile og politiske rettigheter som tradisjonelt regnes som selve kjernen i menneskerettighetsbegrepet [---] og utgjør en del av den internasjonale ’Bill of Rights’.”²⁹³ Etter vedtakelsen av menneskerettsloven har det skjedd betydelige endringer i prosesssystemet under henvisning til gjennomføringsansvaret for folkeretten.

Norge har likevel opprettholdt forbeholdet med hensyn til SP art. 14(7). Gjenåpning *til skade* for tiltalte (”andre nye opplysninger eller bevis”, strprl. § 393(1) nr. 2) reiser spørsmål som er analoge til de som diskuteres i denne artikkelen, samtidig som flere av de andre begrunnelsene for et dobbeltprosessforbud aktualiseres. Gjenåpningsregelen bør vurderes omformuleret slik at den går klar av konvensjonskravet, og slik at forbeholdet heves i tråd med oppfordringer fra Menneskerettskomitéen.²⁹⁴

Internrettslig er det et spenn mellom krav som stilles til upartiskhet og uavhengighet, og § 376a som foreskriver valg av fagdommere fra samme lagdømme. Mer generelt er reguleringen av utvalgsprinsipper for fagdommere til enkeltsaker ufullstendig. I den grad tilfeldig

²⁸⁹ Adler & Falsen [1814]. Betegnelsen konstitusjonalisering er lånt fra Michaelsen [2008].

²⁹⁰ Se henholdsvis utk. §§ 184—185, 192 (jfr epigrafen i kapittel 1 ovenfor) og 190—191.

²⁹¹ Se Damaška [1975,1986] og Nordén [2012b].

²⁹² Se henholdsvis St prp nr 50 (1970—71) s. 1 og Ot prp nr 3 (1998—99) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)*, annen spalte s. 14.

²⁹³ NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter*, annen spalte s. 127.

²⁹⁴ Gjenåpning ved ”exceptional circumstances” er konsistent med SP art. 14(7) (Nowak [2005] s. 357). Et tidligere forbehold med hensyn til SP art. 14(5), illustrer også et spenn mellom offisielle erklæringer og faktisk rettspolitik (se eventuelt om dette forbeholdet i Rt. 2009 s. 1764, særlig avsnitt 50 og 72).

Adler–Falsens grunnlovskast ville blokkert gjenåpning til skade for tiltalte (se Adler & Falsen [1814] utk. § 192 jfr § 196 *e contrario*).

trekning praktiseres, følger det stort sett ikke av prosesslovene.²⁹⁵ Den svake forankringen av et slikt prinsipp er uheldig.²⁹⁶

I likhet med i delte domstoler, produserer ikke votering over skyldspørsmålet i meddomsretter bindende normeringer: først ved *domsavsigelse* retten blir bundet og de strenge endringsreglene i strprl. §§ 43(5) og §§ 44 flg aktivert.²⁹⁷ Dette gir mulighet til å gjenta deler av prosessen og kan underminere en oppnådd frifinnende konstallasjon av stemmer (strprl. § 35(1)).²⁹⁸ Utover dobbeltprosessaspektene tilsier den normative statusen til kollektivbeslutninger som sådanne at de blir bindende for kollektivorganet i og med selve voteringen. Vi viser til Urfalino [2010] for en utdyping.

10.2 Noen perspektiver

I forlengelsen av analysen foreslås noen elementer i et resultatorientert uskyldspresumsjonsbegrep. Vi avslutter med noen refleksjoner om politikkomleggingen i plenumsdommen i Rt. 2009 s. 750, som pålegger fagdommere *plikt* til tilsidesettelse av fellende jurykjennelser under et alminnelig beviskrav.

10.2.1 Et resultatorientert uskyldspresumsjonsbegrep

Uskyldspresumsjon står sentralt i krav til en "fair trial" eller lignende som uttrykt i VE art. 10 og 11(1), SP art. 14(1) og (2) og EMK art. 6(1) og (2), men begrepet synes i rettslitteraturen hverken å ha en helt klar konnotasjon eller denotasjon.²⁹⁹

Som sentrale elementer i et resultatorientert begrep om uskyldspresumsjon er det nærliggende å foreslå (i) valg av tiltalte som (rettslig) uskyldig H_0 i et hypotese-

²⁹⁵ Se Bøhn [2000] s. 32—33 og 333.

Det er nylig inntatt regler om tilfeldig trekning i Forretningsordenen for Høyesteretts ankeutvalg og for Høyesterett i storkammer (se Nordén [2010] for en funksjonell analyse).

²⁹⁶ Tilsvarende Melteig [1992] og mer generelt Elster [1989] s. 93.

Hylland [2009] foreslår ad konstituering av dommere til Høyesterett en systematisk ordning som forhindrer at regjeringen oppnevner dommere til den enkelte sak. Forslaget medfører at lagdommere trekkes etter et fast formular, men dropper lagdommere fra en lagmannsrett som har behandlet saken ("ellers kan en lagdommer bli satt til å overprøve en dom avsagt av sin administrativt overordnede, førstelagmannen. Det kan fremstå som problematisk" s. 115).

²⁹⁷ Se til illustrasjon saken i Rt. 1999 s. 1512 omtalt i avsnitt 5.1 ovenfor. Meddomsretten voterte formelt i desember, men dom ble først avsagt i mars det etterfølgende år.

²⁹⁸ Tilsvarende bemerkninger kan anføres om at det ikke stemmes formelt i meddomsretter dersom bevisbedømmerne "straks blir enige om avgjørelsen" (strprl. § 31(1)), se Nordén 2012b.

²⁹⁹ Noen sentrale referanser er Weissbrodt [2001], Trechsel [2005] kap. 7.2 og Harris *et al.* [1995] kap. 6.4.

testingsregime i kombinasjon med (ii) beviskravregler.³⁰⁰ Vårt hovedanliggende er imidlertid at meningskumulasjonen bør omfatte krav til de kollektive avgjørelsesmekanismene som sådanne. Dette gjelder for det første krav til den enkelte mekanisme som ledd i tiltaltes *statistiske beskyttelse* som motivert av analysen i kapittel 3 og 5 ovenfor (kollektivstørrelse, voteringsregler og -regime). For det annet bør det stilles krav til sekvensene av avgjørelser som et ledd i tiltaltes *dynamiske beskyttelse*.

Den skisserte definisjonen av uskyldspresumsjon er ikke deskriptiv i forhold til rettslitteraturen, men er ment som et forslag til begrep i rettsregler om samme.³⁰¹ Det finnes ingen elementer av statisk eller dynamisk beskyttelse av den art vi etterlyser i Grunnloven eller i konstitusjonell sedvane.³⁰²

I amerikansk rett er retten til jury en del av tiltaltes føderale grunnlovsbeskyttelse i straffesaker. Juryen består normalt av 12 medlemmer. I de fleste delstatene kreves at fellende kjennelser (presist: a general verdict to convict) og frifinnende kjennelser (presist: a general verdict to acquit) er enstemmige. Den amerikanske (føderale) høyesterett har også godtatt mindre kollektiver, men har da sett voteringsregelen i sammenheng med jurystørrelsen.³⁰³ Med hensyn til dynamisk beskyttelse vises komplekset av regler

³⁰⁰ Beviskrav retter seg mot den enkelte bevisbedømmer og formuleres trolig best ved hjelp av Bayesianske begreper, se appendiks A.

På nivået for den enkelte bevisbedømmer synes det samtidig relevant å peke på muligheten for såkalt "creeping determinism" (kanskje særlig aktuelt i forbindelse med straffesanksjonert uakstomhet). Betegnelsen beskriver en mulig tendens til å tilordne en for høy sannsynlighet til usikre begivenheter fordi de har inntrådt (først systematisk beskrevet i Fischhoff [1975]). Under den vanligere betegnelsen "hindsight bias" analyserer Kamin & Rachlinski [1995] relevansen for rettslige beslutninger, herunder mulige strategier for å motvirke skjevheten ("debiasing techniques"). Dette inkluderer (med begrenset optimisme) juryinstruks om et *ex ante* -perspektiv i rettsbelæringen.

³⁰¹ Se Eng [2003] for en utdypning av det rettsteoretiske perspektivet (særlig avsnitt III.4 og del V).

Vi har ikke funnet det nødvendig å gå inn på en omfattende diskusjon av uskyldspresumsjon fra et internrettslig perspektiv.

For en internrettslig drøftelse av om EMK art. 6(2) inneholder *beviskrav* vises til Rt. 2007 s. 1217 og storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1861. (I sistnevnte dom uttrykker forøvrig én av dommerne "forbauselse" over at spørsmålet ikke hadde "fått en mer definitiv avklaring". Seks av elleve dommere finner at art. 6(2) bærer en beviskravregel og bekrefter dermed utfallet i dissensavgjørelsen i Rt. 2007 s. 1217. Vi er usikre på hva annenvoterendes votum (tilslutning av fem dommerne) impliserer med hensyn til "den sentrale strafferett". De to dommene må likevel bety at art. 6(2) internrettslig bærer en beviskravregel for sanksjoner som er straff i EMK-forstand.

³⁰² Strandbakken [2003] kap. 6.2 fremholder visse aspekter ved uskyldspresumsjonen som et "konstitusjonelt prinsipp" (s. 151—152). Vi er enig i at det er ønskelig med beskyttelse på et slikt nivå, men tror ikke det er rettslig grunnlag for å si at den finnes. Omtrent ¼ av Adler og Falsens omfattende grunnlovskast (3. versjon) var prosessbestemmelser. Det inneholdt spesielt ikke beviskravregler, og ble i Konstitusjonskomiteen skåret ned til det minimum som finnes i Grunnloven (Hjort 2008). Dersom beviskrav var slik regulert, skulle forventningsvis deler av den (formelle) lovgivningen utløst plenumsbehandling under lov 2/1926 § 2(1) (opph.). Konstitusjonen var ikke tema i Rt. 2007 s. 1217 og storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1861.

³⁰³ Se Dressler [1997] kap. 1.

Domstolen har også funnet at konstitusjonen inneholder et beviskrav i straffesaker ("beyond reasonable doubt").

som samles i forbudet mot ”double jeopardy” og til dimensjoner i forbudet som har fått aktualitet i europeisk rett på grunn av økt mobilitet og transnasjonal anvendelse av strafferett.³⁰⁴

Grunnlovstilkastet i Adler & Falsen [1814] inneholdt et omfattende statisk og dynamisk vern for tiltalte, og foregrep mange endringer som senere er blitt implementert i norsk rett gjennom folkeretten. I tillegg til presumsjon for uskyld i snever forstand (utk. § 23), inkluderte retten til jury krav om tilfeldig utvelgelse av jurymedlemmer (§ 186), krav om en kollektivstørrelse på 12 (§ 186i.f.) og en interessant voteringsregel: ”De [Edsvorne] indføres i et Værelse, hvor de, uden at komme ud, maae blive til de ere enige. Varer dette længere end 24 Timer, og de erklære, at de ikke kunne forenes, saa deciderer Pluraliteten. Ere Stemmene lige, saa ansees den Anklagede som frikjendt, men har i dette Tilfælde ingen Regres til Klageren” (§ 189).³⁰⁵

Hagerup [1904] nevner voteringsregler og irreversibiliteten av lagrettekjennelser som eksempler ”hvorpaa loven i flere retninger har begunstiget et frifindende resultat” (s. 74). Hylland [1990a] foreslår å inkludere krav til voteringsregelen i prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode fordi ”retten kollektivt er i tvil” (s. 55). Han stiller krav til det relative antallet skyldkonstateringer, men drøfter ikke betydningen av det absolutte antallet bevisbedømmere.³⁰⁶

Vi har i hovedsak, og i den analytiske modellen i sin helhet, avgrenset mot spørsmål knyttet til lovanvendelse og saksbehandlingsfeil. Problemstillinger rundt det vi kaller implisitte dobbeltprosessmekanismer er en påminnelse om viktige problemstillinger som fortjener en mer systematisk behandling. Dobbeltprosessregler har i amerikansk rett omfattende implikasjoner for innretningen av rettsmiddelsystemet. Funksjonelle betraktninger som fremhevet i *Zolotukhin* kan tilsi ytterlige virkninger for norsk rett.

10.2.2 Design av kollektivmekanismer

³⁰⁴ Se generelt Johansen [2008], Van Bockel [2010] og *Zolotukhin*.

³⁰⁵ Utkastet inneholder også en viktig regulering av voteringsregimet (om såkalt utfallsbasert voting): ”De Edsvornes Dom gaaer blot ud paa, om den Anklagede er skyldig eller ikke skyldig i den ham ved Klagen imputerede Forbrydelse” (§ 190). (Regelen synes å være motivert av en situasjonsbetinget fransk ordning, se Damaška [1975] s. 492 n. 18.)

³⁰⁶ Strandbakken [2003] fremholder at ”prinsippet om [uskyldspresumsjon] gjelder for løsning av tvil om faktum, og får dermed anvendelse for avgjørelsen til det enkelte medlem i retten. Når det viser seg at man står overfor en dissens, er det ikke tale om et tvilsspørsmål om faktum. Det er jo ingen tvil om at det er dissens, men av hensyn til å tilgodese tiltalte oppnår han frifinnelse til tross for at der foreligger et flertall for at han er skyldig” (s. 76). Vi forstår ikke meningsinnholdet i dette utsagnet.

Bemerk at i Rt. 2008 s. 1764 (*Restaratorsaken*) inngår kravet til *enstemmighet* for ankenektelse etter strprl. § 321 i Høyesteretts begrunnelse for at silingmekanismen – med unntak for fraværet av begrunnelse – tilfredsstiller kravene i SP art. 14(5) til overprøvelse (se særlig avsnitt 49 og 66—68).

Historisk har beviskrav og krav til kvalifisert flertall eller enstemmighet blitt brukt for å gjøre det *lettere* å domfelle. Disse såkalte ”moral comfort rules” beskyttet den enkelte bevisbedømmer mot ansvar og risiko for fordømmelse i det hinsidige til evig tid (se Whitman [2008]).

I den enstemmige plenumsdommen i Rt 2009 s. 750 heter det om strprl. § 376c at ”[g]runnleggende rettssikkerhetshensyn tilsier at [...] dersom det er rimelig tvil om skyld skal retten, dvs. fagdommerne, sette til side en kjennelse fra lagretten om at tiltalte er skyldig” (avsnitt 66). Obiteret bryter med strukturen i straffeprosessloven og ansvarsforholdet mellom juryen og retten. Selv om det er tvilsomt om Høyesterett har kompetanse til å foreta en slik systemendring, må utsagnet forstås som et uttrykk for gjeldende rett, se for eksempel Rt 2010 s. 865 avsnitt 33 og Rt. 2011 s. 172.³⁰⁷ I sistnevnte heter det:

For å bli dømt i en lagrettesak kreves ikke bare at lagretten har svart ”ja” på skyldspørsmålet, men også at fagdommerne har funnet straffeskyld bevist, se straffeprosessloven § 376c, jf. § 376b første ledd. Dersom fagdommerne ikke finner det er ført tilstrekkelig bevis for straffeskyld, har de plikt til å tilside sette lagrettens kjennelse, se Høyesteretts plenumsdom [...]. (Avsnitt 27.)

Dermed er kompetansen til å avgjøre skyldspørsmålet i tiltaltes disfavør i saker som går for jury *delt* mellom lagmannsrettens to avdelinger. Domfellelse krever at to eller tre fagdommere slutter straffeskyld i tillegg til syv eller flere av ti jurymedlemmer.

Vi vil på bakgrunn av vår konklusjon om folkerettsbrudd, studere politikken – skjerping av ”dobbelgarantimekanismen” – under forutsetning om fravær av § 376a.³⁰⁸ For enkelhets skyld forutsettes at populasjonen av potensielle fagdommere og jurymedlemmer er homogene. I figur 10.1 vises sannsynligheten for fellende kjennelse i juryen og i dobbeltgarantimekanismen.³⁰⁹ Politikken fører til lavere sannsynlighet for type I feil over hele R' og høyere sannsynlighet for type II feil over hele R'' .

Tabell 10.1: Sannsynlighet for forkastelse av H_0 ; $p = q$

P	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$P_j(p)$	0.000	0.001	0.011	0.055	0.172	0.382	0.650	0.879	0.987	1.000
$P_{\frac{7}{10} \cap \frac{7}{3}}(p)$	0.000	0.000	0.002	0.019	0.086	0.248	0.509	0.788	0.960	1.000
$P_{\frac{9}{12}}(p)$	0.000	0.000	0.002	0.015	0.073	0.225	0.493	0.795	0.974	1.000

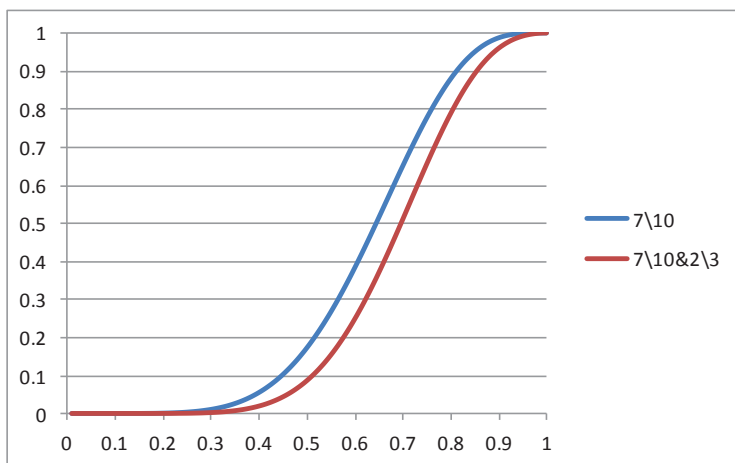
³⁰⁷ Vi bruker kompetansebegrepet som fastlagt i Eng [1990] og antyder gyldighet under inkompetanse.

³⁰⁸ En samtidig betraktning av § 376a ville (isolert) medført et skift i nord-østlig retning (et positivt vertikalt skift av grafen i figur 10.1).

³⁰⁹ Den nye kurven er med notasjon som etablert i appendiks B ved uavhengighet gitt ved

$$P(F^M \geq 2 \cap D' \geq 7 | p, q) \Big|_{q=p} = P(F^M \geq 2 | p) P_j(p) : \text{Kurven for domfellelse i lagretten } P_j(\cdot) \text{ får et ikke-}$$

konstant negativt vertikalt skift gitt ved den multiplikative sannsynligheten for tilsidesettelse. (Dette er produktet av to kumulative binomiske fordelinger, se appendiks B.)



Figur 10.1 Sannsynligheten for domfellelse i lagretten og i ”dobbeltgarantimekanismen”

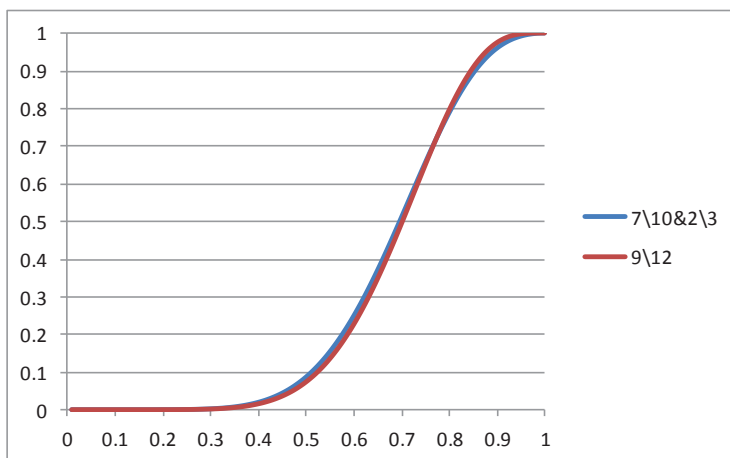
En alternativ design av kollektivet med en fastholdt størrelse på $10+3$, er å flytte to bevisbedømmere fra fagdommerpanelet over i en stor jury på 12 under den opprinnelige ansvarsfordelingen mellom retten og juryen. La skyldspørsmålet i den ”store” juryen avgjøres under voteringsregelen $v\left[\frac{9}{12}\right]$, det vil si ni eller flere stemmer er nødvendig for å slutte straffeskyld.

Det er interessant at den store juryen har lavere sannsynlighet for type I feil enn dobbeltgarantimekanismen over hele R' og lavere sannsynlighet for type II feil fra og med $p = 0.77$ (med funksjonsverdier i skjæringspunktet på 0.710), se figur 10.2 og tabell 10.1 Den store juryen har høyere sannsynlighet for type II feil i interimintervallet $(0.5, 0.77)$.³¹⁰

Generering av type I og type II feil i lagretten, dobbeltgarantimekanismen og den store juryen avhenger av design som vist, men også av hvilke saker som kommer til pådømmelse. Domstoler har svært begrensede forutsetninger for og muligheter til å gjøre designvalg (ad det siste, se om Høyesteretts kompetanse rett ovenfor; forsøk på å etablere en stor jury ville være en nullitet). Domstolene har i liten grad mulighet til å påvirke strømmen av saker som kommer til pådømmelse. Ved utforming av rettspolitikk bør spørsmål om mekanisme og

³¹⁰ Den store juryen har globalt lavere sannsynlighet for type I feil enn lagretten. Det følger av analysen i avsnitt 3.2 ovenfor at den har lavere sannsynlighet for type II feil enn lagretten når populasjonsandelen som slutter straffeskyld blir tilstrekkelig stor. Dette skjer imidlertid først for $p = 0.99996$.

sakstilgang sees i sammenheng.³¹¹ Det gir ytterligere grunn til å stille spørsmål ved domstolskapt design av prosess-strukturer.



Figur 10.2 Et alternativ til dobbelgarantimekanismen.

Som interessante problemstillinger i forlengelsen av arbeidet fremheves skillet mellom rettslig og faktisk usikkerhet. Følgen av avgjørelsesmekanismer og ”beviskrav” er en annen ved retts-spørsmål (og saksbehandlingsfeil) enn med hensyn til bevisbedømmelsen under skyld-spørsmålet.³¹² Det ville være interessant å analysere rasjonaliteten i dette skillet, herunder i lys av ”double jeopardy”-prinsipper. Analysen i kapittel 3 og 5 ovenfor, og drøftelsen i inne-værende avsnitt, gir grunn til å stille spørsmål ved adgangen til fornyet behandling *de novo* fremfor konsentrasjon av ressurser i engangs-behandling.

³¹¹ Se Klevorick [1977].

³¹² Usikkerhet om lovanvendelsen under skyldspørsmålet avgjøres i lagmannsretten under krav til kvalifisert flertall § 35(1). I Høyesterett gjelder i alle sammensetninger et symmetrisk krav til alminnelig flertall (se Nordén [2010] for en funksjonell analyse). ”Beviskravet” til den enkelte rettsanvender antas å være symmetrisk i alle instanser (dette er ikke opplagt på nivået for folkeretten, se Opsahl [1982] s. 491).

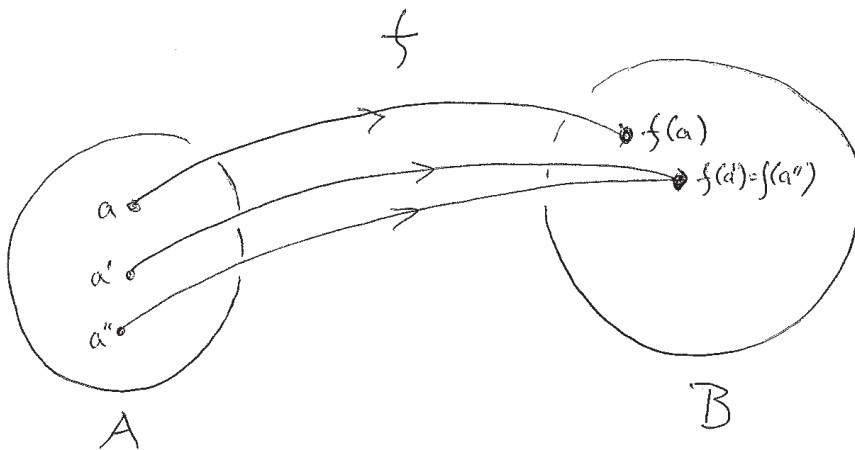
Appendiks A: Sannsynlighetsbegrepet **Equation Section 1**

I dette appendikset gjøres det kortfattet rede for (det aksiomatiske) sannsynlighetsbegrepet, og noen sentrale punkter i hovedteksten blir presiseret.

Vi starter med en definisjon av det grunnleggende begrepet *funksjon*. Gitt to mengder (vil-kårilige samlinger objekter) A og B , er en funksjon f en regel som til ethvert element i mengden A tilordner ett og bare ett element i mengden B . Funksjonen betegnes

$$f : A \rightarrow B. \quad (\text{A.1})$$

Enkeltelementet $a_j \in A$ kan sies å "avbildes" til elementet $f(a_j) = b_j \in B$; $f(a_j)$ kalles også "bildet" av a_j under f . Notasjonen $a_j \mapsto f(a_j)$ uttrykker det samme. Funksjonen er først fullstendig definert når både definisjonsmengden A og verdimgenden B er spesifisert.³¹³



Figur A.1 Funksjonsbegrepet

En sentral bestanddel i sannsynlighetsteori er en såkalt *utfallsmengde* ("sample space"), $\Omega = \{\omega_1, \omega_2, \dots, \omega_n\}$. Det "eksperiment" eller den situasjon som er under betraktning, kan resultere i ett av flere mulige utfall. For formålet her er det tilstrekkelig å se på mengder med

³¹³ Det kreves imidlertid ikke at funksjonen tilordner forskjellige elementer i B til forskjellige elementer i A , og heller ikke at ethvert element i B er bildet av et element i A (se for eksempel Suppes [1956] kapittel 11 om det generelle funksjonsbegrepet).

et endelig antall (n) elementer. Navnsettingen reflekterer den intenderte tolkningen som en uttømmende beskrivelse av alle mulige såkalte elementærutfall av det eksperimentet eller den situasjonen som er under betraktning. Ω er konstruert slik at ett og bare ett utfall $\omega_j \in \Omega$ blir realisert. Med en *begivenhet* forstås enhver delmengde B_i av Ω , betegnet $B_i \subseteq \Omega$. Begivenheten B_i sies å ha *inntruffet* når et element i mengden er realisert, $\omega_j \in B_i$.³¹⁴

I anvendelser kan flere alternative definisjoner av utfallsmengen være aktuelle. I hovedteksten er avgjørelsesmekanismen for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ved å la Ω være settet av alle mulige sekvenser av rettslige avgjørelser. Treet i figur 4.1 i hovedteksten er en effektiv måte å konstruere Ω på:³¹⁵

$$\begin{aligned} \Omega = \{ & \text{fellende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{domfellelse i } \mathbf{J}'_F, \\ & \text{fellende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}'_F \wedge \text{domfellelse i } \mathbf{M}', \\ & \text{fellende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}'_F \wedge \text{frifinnelsesdom i } \mathbf{M}', \\ & \text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{frifinnelsesdom i } \mathbf{J}_F, \\ & \text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}_F \wedge \text{domfellelse i } \mathbf{M}, \\ & \text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}_F \wedge \text{frifinnelsesdom i } \mathbf{M} \} \end{aligned}$$

Hver sekvens av avgjørelser kan identifiseres med terminalnoden den leder til. Dermed skrives utfallsmengden kompakt som $\{\mathbf{df}_{e1}, \mathbf{df}_{e2}, \mathbf{ff}_c, \mathbf{ff}_{a1}, \mathbf{df}_a, \mathbf{ff}_{a2}\}$.

La nå \mathfrak{G} benevne mengden av alle delmengder av Ω . Elementer i \mathfrak{G} inkluderer den tomme mengden, betegnet \emptyset , og Ω selv.³¹⁶ Vi kan gi følgende definisjon:

Definisjon: La P være en funksjon som til hvert element i \mathfrak{G} tilordner et tall i $[0,1]$,

$P: \mathfrak{G} \rightarrow [0,1]$. En (*endelig*) *sannsynlighetsmodell* er et trippel $(\Omega, \mathfrak{G}, P)$, der P oppfyller:³¹⁷

³¹⁴ I mange sammenhenger representerer begivenheter utsagn og sannsynlighet tolkes som tilordnet en bevisbedømmers (subjektive) grad av tiltro til at utsagn er sanne (se generelt Taroni *et al.* [2006]). For eksempel formuleres krav til bevisbedømmelse og den ledende (stipulative) definisjonen av uskyldpresumsjon best i Bayesianske termer.

For konsentrerte fremstillinger av grunnleggende sannsynlighetsteori viser vi til henholdsvis Suppes [1956] (kapittel 12.4), Priestley [1981] (kapittel 2) og Apostol [1969] (kapittel 13 og 14). Larsen & Marx [1986] og Bartoszynski & Niewiadomska-Bugaj [1996] er generelle fremstillinger med mange utvidelser og anvendelser.

³¹⁵ Symbolet \wedge står for den logiske konjunksjonen "både... og...".

³¹⁶ Det finnes 2^n delmengder av et sett med n elementer. Derfor har \mathfrak{G} 64 elementer.

$$\text{Aksiom I} \quad P(\Omega) = 1 \quad (\text{A.2})$$

$$\text{Aksiom II} \quad \begin{array}{l} \text{For ethvert valg av ikke-overlappende begivenheter } B_1, B_2 \in \mathfrak{G} \text{ er} \\ P(B_1 \cup B_2) = P(B_1) + P(B_2) \end{array} \quad (\text{A.3})$$

$$\text{Aksiom III} \quad P(\emptyset) = 0 \quad (\text{A.4})$$

Funksjonen P kalles et sannsynlighetsmål. Bildet av begivenheten B_i , $P(B_i)$, kalles *sannsynligheten for begivenhet* B_i ($B_i \mapsto P(B_i) \in [0, 1]$). Fra aksiomene I—III, og innførte definisjoner, følger alle teoremer i sannsynlighetsteori. Som udefinert term kan begrepet gis mange tolkninger.

Hovedteksten refererer til begrepene *betinget sannsynlighet* og *uavhengighet*. Definisjonen av betinget sannsynlighet viser hvordan P -målet oppdateres når det forutsettes eller observeres en ”ny” utfallsmengde $B \subseteq \Omega$, og det oppdaterte målet oppfyller aksiom I—III. Definisjonen av uavhengighet impliserer at slike betingede og ubetingede (”marginale”) sannsynligheter er de samme. Vi viser til de ovennevnte fremstillingene for motivasjon og en mer detaljert drøftelse.

Definisjon: La B være en begivenhet slik at $P(B) \neq 0$. Den *betingede sannsynligheten* for at begivenheten A vil inntreffe gitt at B har inntrefft betegnes $P(A|B)$ og er gitt ved³¹⁸

$$P(A|B) = \frac{P(A \cap B)}{P(B)}. \quad (\text{A.5})$$

³¹⁷ Symbolet \cup brukt nedenfor står for ”unionen” av mengder og betyr eksempelvis den sammensatte begivenhet at begivenhet B_1 og/eller (den logiske disjunksjonen \vee) begivenhet B_2 inntreffer:

$B_1 \cup B_2 = \{\omega \in \Omega \mid \omega \in B_1 \vee \omega \in B_2\}$. Symbolet \emptyset betegner den tomme mengden $\{\}$.

³¹⁸ Symbolet \cap står for ”snittet” av mengder og betyr at en sammensatt begivenhet A og begivenhet B inntreffer: $A \cap B = \{\omega \in \Omega \mid \omega \in A \wedge \omega \in B\}$.

La E betegne det faktiske (”formelle”) avgjørelsesgrunnlaget (”evidence”) for en sak (avsnitt 3.2.1 ovenfor). Den enkelte bevisbedømmer tar stilling til de gjensidig utelukkende hypotesene H_0 og H_A gitt E og gitt anvendbare rettsnormer (avsnitt 3.1 ovenfor). Dermed er $P(H_0|E) = 1 - P(H_A|E)$. Ved å bruke identiteten $P(E) = P(E \cap H_0 \cup E \cap H_A)$ og (A.5) gjentatte ganger, fremkommer

$$P(H_0|E) = \frac{P(H_0 \cap E)}{P(E)} = \frac{P(E|H_0)P(H_0)}{P(E|H_0)P(H_0) + P(E|H_A)P(H_A)}.$$

Formuleringen har en viktige implikasjoner for bevisbedømmelse. Fra en omfattende litteratur vises til Lindley [1977, 1983], Fienberg [1989], Fienberg & Schervish [1986], Taroni *et al.* [2006] og Egeland [2009].

Definisjon: To begivenheter A og B defineres som *uavhengige* dersom³¹⁹

$$P(A \cap B) = P(A)P(B). \quad (\text{A.6})$$

Svekkelsen i tiltaltes posisjon defineres i hovedteksten med sannsynligheten $P(\{\mathbf{df}_a\}) \equiv P_a$.

Ved å bruke definisjonen (A.5) gjentatte ganger fremkommer

$$\begin{aligned} &P(\text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}_F \wedge \text{domfellelse i } \mathbf{M}) = \\ &P(\text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J}) \\ &\times P(\text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}_F | \text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J}) \\ &\times P(\text{domfellelse i } \mathbf{M} | \text{frifinnende kjennelse i } \mathbf{J} \wedge \text{tilsidesettelse i } \mathbf{J}_F) \end{aligned} \quad (\text{A.7})$$

se Teorem 4.2.1 i Bartoszynski & Niewiadomska-Bugaj [1996]. Ligning (A.7) gir sannsynligheten for å følge grenene til terminalnoden \mathbf{df}_a i figur 4.1. Det følger at sannsynlighetene P_T og P_M avsatt i treet er betingede, der betingelsen er bevegelse i treet fra roten til angjeldende gren (se s. st. s. 96—97). Målet $P_a = (1 - P_J)P_T P_M$ er produktet av den marginale sannsynligheten $(1 - P_J)$ og de betingede sannsynlighetene som nevnt.

Gjennom modelleringen av de kollektive avgjørelsesmekanismene, uttrykkes P_J , P_T og P_M som funksjoner av parameterverdier som beskriver de populasjonene som henholdsvis lek- og fagdommerne trekkes fra. Under tilfeldig trekning fra store populasjoner vil den enkelte bevisbedømmer slutte straffeskyld med sannsynlighet lik andelen i populasjonen bevisbedømmeren trekkes fra, henholdsvis (den konstante sannsynligheten) $p = \frac{\bar{N}}{N}$ for lekdommere og $q = \frac{\bar{Q}}{Q}$ for fagdommere. Sannsynlighetene P_J , P_T og P_M blir i dette tilfellet uavhengige, se appendiks B.

Når fagdommerne trekkes fra små populasjoner (lagdømmer) innføres en ”mekanisk” form for avhengighet. En (invariant) q erstattes med uttrykk hvor Q og \bar{Q} inngår (se avsnitt 3.2.3 ovenfor og appendiks C). Sannsynlighetene i treet er ikke lenger uavhengige.

³¹⁹ Ved flere enn to begivenheter krever definisjonen mer enn parvis uavhengighet mellom begivenheter (for m begivenheter må $2^m - m - 1$ ligninger holde).

P_a oppnås som en funksjon av parameterverdiene som beskriver populasjonene av potensielle bevisbedømmere. Dette representerer en overgang til spesifikke modeller av aksiomsystemet (såkalte tre- eller fireparameterfamilier); $(\Omega, \mathfrak{G}, P(p, q; \beta))$ eller $(\Omega, \mathfrak{G}, P(p, Q, \bar{Q}; \beta))$, se appendiks B og C nedenfor.

Det teoretiske sannsynlighetsbegrepet bringes i kontakt med den ”ytre verden” i form av såkalte ”grenseteoremer”. Hovedteksten omtaler for eksempel ”sannsynligheten for domfellelse” som en funksjon av paramtervektoren $(p, q; \beta)$ til tross for at en rettssak ikke kan gjentas under like betingelser. Som tankeeksperiment kan den imidlertid gjentas under like betingelser og da vil utfallene i en betydning som kan gjøres presis, svare til de beregnede sannsynlighetene. For en nøyaktig formulering av slike resultater vises til Bartoszynski & Niewiadowska-Bugaj [1996] kapittel 10.

Appendiks B: Dokumentasjon av beregninger: store lagdommer

Appendikset dokumenterer modellene som er brukt i hovedavsnitt 5 og 6 ovenfor. Sannsynligheten for slutning om straffeskyld beregnes for forskjellige kollektiv-mekanismer som en funksjon av en ”inputparameter” $p \in [0,1]$ for lekdommere og lagrettedmedlemmer og en ”inputparameter” $q \in [0,1]$ for fagdommere. Basert på tilfeldig trekning defineres parameterene som andelen av henholdsvis lek- og fagdommere som slutter straffeskyld, $\frac{N}{N}$ og $\frac{Q}{Q}$, se avsnitt 3.2 ovenfor.

Det analytiske rammeverket kan gis flere anvendelser og tolkninger. På grunn av vedtaksførhetsregler uttømmer analysen ikke mekanismene som brukes ved bevisanke.

Equation Section 2

B.2 Noen definisjoner og standardresultater

I mange situasjoner oppnås sannsynlighetsfunksjonen ved telling av antallet elementer i mengder ved bruk av kombinatorikk.³²⁰ Vi får særlig bruk for følgende teorem:

Anta at en mengde inneholder N forskjellige elementer og anta at det trekkes ut et antall $0 \leq n \leq N$ uten tilbakelegging og at rekkefølgen de velges i er uten betydning. Dette kan gjøres på

$$\binom{N}{n} = \frac{N!}{n!(N-n)!} \quad (\text{B.1})$$

måter, der for hvert hele tall k , $k! = 1 \cdot 2 \cdot \dots \cdot (k-1) \cdot k$, og $0! = 0$.³²¹

Anta til illustrasjon at det fra en populasjon på tre individer $\{a, b, c\}$ skal velges ut to. Ifølge

(B.1) er det $\binom{3}{2} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 3}{1 \cdot 2 \cdot (1)!} = 3$ måter å gjøre dette på, nemlig utvalgene (settene) $\{a, b\}$, $\{a, c\}$

og $\{b, c\}$.

³²⁰ Disse sentrale resultatene finnes i enhver lærebok i sannsynlighetsteori eller matematisk statistikk (se for eksempel Bhattacharyya & Johnson [1977] eller Larsen & Marx [1986]).

³²¹ Ligning (B.1) definerer en såkalt binominalkoeffisient.

Et *tilfeldig utvalg* ("random sample") av størrelse n fra en populasjon på N forskjellige individer defineres ved at metoden skal gi ethvert utvalg samme sannsynlighet $\frac{1}{\binom{N}{n}}$ for å bli valgt.

(Definisjonen er konseptuell, men kan operasjonaliseres for eksempel gjennom loddtrekning.)

I hovedteksten brukes begrepene sannsynlighetstre og utfallsrom for å analysere avgjørelsen av straffekrav. Når kun visse aspekter ved begivenheter i utfallsrom er av interesse, forenkles problemstillinger ved innføring av såkalte *stokastiske variable*.

En stokastisk variabel er en *funksjon* (se appendiks A) fra et utfallsrom til settet av reelle tall \mathbb{R} . En stokastisk variabel X kan betegnes:

$$X : \Omega \rightarrow \mathbb{R}. \quad (\text{B.2})$$

Funksjonen induserer en sannsynlighetsfordeling over tallinjen, som i endelige sannsynlighetsmodeller er gitt ved

$$P(X = t) = P(\{\omega \in \Omega \mid X(\omega) = t\}).^{322} \quad (\text{B.3})$$

Vi skal introdusere noen slike variable som tar verdiene 0 eller 1, og summer av slike variable (såkalte *indikatorvariable*). I de rettslige beslutningsmekanismene er utfallene sekvenser av voteringer over skyldspørsmålet, samtidig som summer av stemmegivningen er av stort interesse. Bruken av indikatorvariable forenkler fremstillingen ved at prosesslovenes krav til domfellelse (voteringsreglene) oversettes til (u)likheter over hele positive tall.

La L_j^i benevne lekdommer j 's avgjørelse i mekanisme i , $i = J, M$, der³²³

$$L_j^i = \begin{cases} 1 & \text{hvis lekdommer } j \text{ slutter straffeskyld i } i \\ 0 & \text{hvis lekdommer } j \text{ ikke slutter straffeskyld i } i \end{cases} \quad (\text{B.4})$$

³²² Med endelige sannsynlighetsmodeller menes slike som har et endelig antall elementer eller såkalt tellbart uendelig antall elementer i utfallsrommet Ω (det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette for vårt formål). Dersom flere aspekter av utfallsrommet er av interesse, kan funksjonen avbilde elementer i Ω til vektorer av reelle tall – en mangedimensjonal stokastisk variabel.

³²³ J og M benevner henholdsvis jury- og meddomsprosessen, og bevisbedommere i samme (benevnelsen "lekdommer" brukes også om jurymedlemmer.)

Tilsvarende benevner F_k^i fagdommer k 's avgjørelse i bevisbedømmermekanisme i , $i = J, M$, der

$$F_k^i = \begin{cases} 1 & \text{hvis fagdommer } k \text{ slutter straffeskyld i } i \\ 0 & \text{hvis fagdommer } k \text{ ikke slutter straffeskyld i } i \end{cases} \quad (\text{B.5})$$

Følgende variable gir aggregert informasjon om utfall:

$$D^J = L_1^J + L_2^J + \dots + L_{10}^J. \quad (\text{B.6})$$

$$L^M = L_1^M + L_2^M + L_3^M + L_4^M. \quad (\text{B.7})$$

$$F^i = F_1^i + F_2^i + F_3^i, \quad i = J, M. \quad (\text{B.8})$$

$$D^M = F^M + L^M. \quad (\text{B.9})$$

L^M og F^M er henholdsvis antallet lek- og fagdommere som slutter straffeskyld i meddomsretten; D^J og D^M det totale antallet bevisbedømmere som slutter straffeskyld i henholdsvis juryen og meddomsretten. F^J benevner antallet fagdommere i juryprosessen som slutter straffeskyld.

Vi trenger to standardresultater som gis i (B.10) og (B.11).³²⁴ La $V_n = X_1 + \dots + X_n$, der X_i -ene er *uavhengige* indikatorvariable som definert i (B.4) og (B.5) med suksessparameter $s \in [0, 1]$. Suksessparameteren tolkes henholdsvis som sannsynligheten for at en tilfeldig valgt lekdommer (eller jurymedlem) eller fagdommer slutter straffeskyld, henholdsvis $s = p$, eller $s = q$.

Gitt n bevisbedømmere, hver beskrevet med parameteren s , er sannsynligheten for en sekvens av avstemninger der k slutter straffeskyld og $n - k$ ikke slutter straffeskyld gitt ved

$$s^k (1-s)^{n-k}$$

³²⁴ Larsen & Marx [1986], teorem 2.11.2.

Siden det ifølge (B.1) er $\binom{n}{k}$ måter å velge ut k bevisbedømmere fra en gruppe på n (når rekkefølgen bevisbedømmerne trekkes i ikke betyr noe), er sannsynligheten for at k av de n bevisbedømmere domfeller

$$P(V_n = k | s) = \binom{n}{k} s^k (1-s)^{n-k} = \frac{n!}{k!(n-k)!} s^k (1-s)^{n-k}. \quad (\text{B.10})$$

I dette tilfellet sies V_n å være binomisk fordelt med henholdsvis antalls- og suksessparameter n og s , betegnet $V_n \sim \text{BIN}(n, s)$.

La $v\left[\frac{\#}{n}\right] = \#/n$ være voteringsregelen definert i hovedavsnitt 3.2.1 ovenfor. Sannsynligheten for at en flere enn eller nøyaktig $\#$ bevisbedømmere slutter straffeskyld er dermed gitt ved den *kumulative* binomiske sannsynligheten

$$P(V_n \geq \# | s) = \sum_{k=\#}^n P(V_n = k; s) \quad \# \in \{0, 1, \dots, n\}. \quad (\text{B.11})$$

I figur 3.2 ovenfor er funksjonen utledet for $n = 3$ og $\# = 2$ eller $\# = 3$.

B.2 Sannsynligheten for fellende kjennelse i lagretten

Sekvensene av mulige voteringer $(L_1^j, L_2^j, \dots, L_{10}^j)$ består av uavhengige variable. Siden $L_i^j \sim \text{BIN}(1, p)$ for alle i , er $D^j = \sum_{i=1}^{10} L_i^j \sim \text{BIN}(10, p)$, se (B.10). Som en av funksjon av p er dermed sannsynlighene for fellende kjennelse i juryen $P_j : [0, 1] \rightarrow [0, 1]$ gitt ved (se ligning (B.11)):

$$P_j(p) = P(D^j \geq 7 | p) = \sum_{k=7}^{10} \frac{10!}{k!(10-k)!} p^k (1-p)^{10-k}. \quad (\text{B.12})$$

Tabell 5.1 gir funksjonsverdier for noen utvalgte parameterverdier.

B.3 Sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten

Sekvensene av mulige voteringer $(F_1^M, F_2^M, F_3^M, L_1^M, L_2^M, L_3^M, L_4^M)$ består av uavhengige indikatorvariable. $F^M = \sum_{k=1}^3 F_k^M$, med $F_k^M \sim \text{BIN}(1, q)$ for alle k , og $L^M = \sum_{i=1}^4 L_i^M$, med $L_i^M \sim \text{BIN}(1, p)$ for alle i . Det følger av (B.10):

$$F^M \sim \text{BIN}(3, q). \quad (\text{B.13})$$

$$L^M \sim \text{BIN}(4, p). \quad (\text{B.14})$$

Gitt (B.13) og (B.14) søkes $P_M(p, q) = P(D^M \geq 5 | p, q)$, der D^M er gitt i ligning (B.9). Det finnes ikke noe direkte fordelingsresultat når $p \neq q$. Vi kan imidlertid bruke betingede sannsynligheter og utnytte uavhengighet for å beregne sannsynligheten for domfellelse i meddomsretten slik:³²⁵

Hvis $F^M = 0$, er $D^M \geq 5$ umulig; begivenheten har sannsynlighet null. Hvis $F^M = 1$, må $L^M = 4$; begivenheten har sannsynlighet $P(F^M = 1 | q)P(L^M = 4 | p)$. Hvis $F^M = 2$, må $L^M \geq 3$; begivenheten har sannsynlighet $P(F^M = 2 | q)P(L^M \geq 3 | p)$. Hvis $F^M = 3$, må $L^M \geq 2$; begivenheten har sannsynlighet $P(F^M = 3 | q)P(L^M \geq 2 | p)$.

Dermed er sannsynligheten for domfellelse:

$$P_M(p, q) = P(F^M = 1 | q)P(L^M = 4 | p) + P(F^M = 2 | q)P(L^M \geq 3 | p) + P(F^M = 3 | q)P(L^M \geq 2 | p) \quad (\text{B.15})$$

Alle komponentene som inngår finnes av (B.13) og (B.14) og (B.11). Dermed er $P_M(\cdot)$ som en funksjon av p og q , $P_M : [0, 1] \times [0, 1] \rightarrow [0, 1]$, gitt ved:

$$P_M(p, q) = 3q(1-q)^2 p^4 + 3q^2(1-q) \left\{ \sum_{k=3}^4 \frac{4!}{k!(4-k)!} p^k (1-p)^{4-k} \right\} + q^3 \left\{ \sum_{k=2}^4 \frac{4!}{k!(4-k)!} p^k (1-p)^{4-k} \right\} \quad (\text{B.16})$$

Tabell 5.2 gir funksjonsverdier for noen utvalgte parameterverdier.

³²⁵ Se eventuelt ligning (A.5) og (A.6) i appendiks A. (En kanskje mer elegant, men mindre intuitiv metode, er å anvende Teorem 3.5.3 i Larsen & Marx [1986].)

B.4 Sannsynligheten for tilsidesettelse

Siden $F^J = \sum_{k=1}^3 F_k^J$, med $F_k^J \sim \text{BIN}(1, q)$ for alle k , er $F^J \sim \text{BIN}(3, q)$, se (B.10). Dermed er sannsynligheten for tilsidesettelsesbeslutning ($\beta \in [0, 1]$ er tolkningsparameteren introdusert i avsnitt 5.4)

$$P_T(q; \beta) = \beta P(F^J = 3; q) = \beta q^3. \quad (\text{B.17})$$

Tabell 5.4 gir funksjonsverdier for noen utvalgte parameterverdier.

Dersom kravet ”utvilsomt” skulle rette seg til den enkelte bevisbedømmer og ikke kollektivet som sådan, kan det innføres en tolkningsparameter for beviskravet $\beta' = \beta^3$, og en separat tolkningsparameter $\beta'' \in [0, 1]$ for kompetansespørsmålet slik at $P_T = \beta'' \beta' q^3$.

B.5 Svekkelsen av tiltaltes posisjon

Basert på ligning (A.7) i appendiks A gir (B.12), (B.16) og (B.17) målet $P_a = (1 - P_J) P_T P_M$ som en funksjon av parametervektoren $(p, q; \beta)$, $P_a : [0, 1] \times [0, 1] \times [0, 1] \rightarrow [0, 1]$:

$$P_a(p, q; \beta) = (1 - P_J(p, q)) P_T(q; \beta) P_M(p, q) = \beta \left\{ \left(1 - \sum_{k=7}^{10} \frac{10!}{k!(10-k)!} p^k (1-p)^{10-k} \right) \times q^3 \right. \\ \left. \times \left(3q(1-q)^2 p^4 + 3q^2(1-q) \left\{ \sum_{k=3}^4 \frac{4!}{k!(4-k)!} p^k (1-p)^{4-k} \right\} + q^3 \left\{ \sum_{k=2}^4 \frac{4!}{k!(4-k)!} p^k (1-p)^{4-k} \right\} \right) \right\}. \quad (\text{B.18})$$

Tabell 6.1 gir funksjonsverdier for noen utvalgte parameterverdier.

Equation Section (Next)

Appendiks C: Dokumentasjon av beregninger: små lagdømmer

Medianlagdømmet i Norge har 19,5 faste dommere. For å få lett lesbare resultater har vi gjort beregninger basert på trekning fra en populasjon på henholdsvis $Q = 23$ og $Q = 13$ fagdommere. Målet på forverringen i tiltaltes posisjon er gitt ved:

$$P_a(p, Q, \bar{Q}; \beta) = (1 - P_J(p)) P_T(Q, \bar{Q}; \beta) P_M(p, Q-3, \bar{Q}-3). \quad (C.1)$$

Tabell C3—C5 nedenfor kan leses slik at sakstyper der tiltalte er uskyldig er representert i kolonnene (det vil si for alle verdier av $\frac{\bar{Q}}{Q}$) der $p \leq .5$, se avsnitt 5.3 i hovedteksten.

Tabell C1 Sannsynligheten for tilsidesettelse av frifinnende kjennelse når fagdommerne trekkes fra en populasjon på $Q = 13$

$\frac{\bar{Q}}{Q}$	$\frac{4}{13}$	$\frac{5}{13}$	$\frac{6}{13}$	$\frac{7}{13}$	$\frac{8}{13}$	$\frac{9}{13}$	$\frac{10}{13}$	$\frac{11}{13}$	$\frac{12}{13}$	$\frac{13}{13}$
$P_T(Q, \bar{Q}; \beta) \Big _{\substack{\beta=1 \\ Q=13}}$	0.014	0.035	0.070	0.122	0.196	0.294	0.420	0.577	0.769	1.000

Tabell C2 Sannsynligheten for tilsidesettelse av frifinnende kjennelse når fagdommerne trekkes fra en populasjon på $Q = 23$

$\frac{\bar{Q}}{Q}$	$\frac{5}{23}$	$\frac{7}{23}$	$\frac{9}{23}$	$\frac{11}{23}$	$\frac{13}{23}$	$\frac{15}{23}$	$\frac{17}{23}$	$\frac{19}{23}$	$\frac{21}{23}$	$\frac{23}{23}$
$P_T(Q, \bar{Q}; \beta) \Big _{\substack{\beta=1 \\ Q=23}}$	0.006	0.020	0.047	0.093	0.161	0.257	0.384	0.547	0.751	1.000

Tabell C3: Sannsynligheten for domfellelse i meddomsrett når fagdommere trekkes fra en stor populasjon $P_M(p, q)$ og en populasjon på henholdsvis $Q=10$ og $Q=20$, $P_M(p, Q, \bar{Q})$.

$q, \frac{\bar{Q}}{Q} \setminus p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
0.1	0.000	0.001	0.005	0.012	0.024	0.045	0.077	0.123	0.186	0.271
$\frac{1}{10}$	0.000	0.001	0.003	0.010	0.022	0.042	0.075	0.123	0.191	0.284
$\frac{2}{20}$	0.000	0.000	0.001	0.003	0.006	0.013	0.024	0.041	0.066	0.100
0.2	0.001	0.005	0.014	0.031	0.060	0.102	0.162	0.244	0.351	0.488
$\frac{2}{10}$	0.000	0.004	0.012	0.028	0.056	0.098	0.159	0.245	0.360	0.509
$\frac{4}{20}$	0.000	0.003	0.009	0.024	0.050	0.093	0.156	0.246	0.370	0.534
0.3	0.002	0.011	0.029	0.059	0.105	0.169	0.254	0.362	0.495	0.657
$\frac{3}{10}$	0.001	0.009	0.026	0.055	0.100	0.164	0.251	0.442	0.507	0.681
$\frac{6}{20}$	0.001	0.007	0.022	0.049	0.093	0.158	0.247	0.366	0.518	0.708
0.4	0.005	0.020	0.050	0.096	0.161	0.245	0.350	0.475	0.620	0.784
$\frac{4}{10}$	0.003	0.018	0.046	0.091	0.155	0.241	0.348	0.479	0.632	0.807
$\frac{8}{20}$	0.003	0.015	0.041	0.084	0.148	0.235	0.346	0.483	0.645	0.833
0.5	0.008	0.033	0.078	0.142	0.227	0.329	0.449	0.582	0.726	0.875
$\frac{5}{10}$	0.007	0.030	0.073	0.136	0.221	0.325	0.449	0.588	0.738	0.895
$\frac{10}{20}$	0.006	0.027	0.067	0.129	0.214	0.320	0.448	0.549	0.752	0.917
0.6	0.013	0.051	0.114	0.198	0.302	0.420	0.549	0.682	0.814	0.936
$\frac{6}{10}$	0.011	0.048	0.108	0.192	0.296	0.417	0.549	0.688	0.825	0.951
$\frac{12}{20}$	0.010	0.044	0.103	0.185	0.290	0.414	0.551	0.695	0.837	0.967
0.7	0.020	0.074	0.158	0.264	0.385	0.516	0.647	0.772	0.884	0.973
$\frac{7}{10}$	0.018	0.071	0.153	0.258	0.381	0.513	0.649	0.778	0.893	0.982
$\frac{14}{20}$	0.017	0.067	0.147	0.252	0.376	0.512	0.652	0.786	0.904	0.992
0.8	0.028	0.103	0.211	0.340	0.478	0.615	0.742	0.852	0.937	0.992
$\frac{8}{10}$	0.027	0.100	0.207	0.335	0.475	0.614	0.744	0.857	0.944	0.996
$\frac{16}{20}$	0.027	0.097	0.202	0.331	0.472	0.614	0.748	0.864	0.952	1.000
0.9	0.039	0.139	0.275	0.427	0.579	0.717	0.833	0.919	0.974	0.999
$\frac{9}{10}$	0.038	0.137	0.272	0.424	0.578	0.717	0.834	0.923	0.978	1.000
$\frac{18}{20}$	0.037	0.135	0.269	0.421	0.576	0.717	0.837	0.927	0.982	1.000
1.0	0.052	0.181	0.348	0.525	0.688	0.821	0.916	0.973	0.996	1.000

Tabell C.4 Svekkelsen i tiltaltes posisjon $P_a(p, Q, \bar{Q}; \beta) \Big|_{\substack{\beta=1 \\ Q=13}}$

$\frac{\bar{Q}}{Q} \setminus p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$\frac{4}{13}$	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
$\frac{5}{13}$	0.000	0.000	0.000	0.001	0.001	0.002	0.002	0.001	0.000	0.000
$\frac{6}{13}$	0.000	0.000	0.002	0.003	0.005	0.007	0.006	0.003	0.000	0.000
$\frac{7}{13}$	0.000	0.002	0.005	0.010	0.015	0.018	0.015	0.007	0.001	0.000
$\frac{8}{13}$	0.001	0.005	0.013	0.024	0.035	0.039	0.031	0.014	0.002	0.000
$\frac{9}{13}$	0.003	0.013	0.030	0.051	0.071	0.075	0.057	0.025	0.003	0.000
$\frac{10}{13}$	0.007	0.028	0.061	0.100	0.131	0.133	0.096	0.040	0.005	0.000
$\frac{11}{13}$	0.016	0.056	0.115	0.180	0.226	0.219	0.151	0.060	0.007	0.000
$\frac{12}{13}$	0.028	0.104	0.205	0.306	0.367	0.341	0.225	0.086	0.010	0.000
$\frac{13}{13}$	0.052	0.181	0.345	0.496	0.569	0.507	0.321	0.118	0.013	0.000

Tabell C.5 Svekkelsen i tiltaltes posisjon $P_a(p, Q, \bar{Q}; \beta) \Big|_{\substack{\beta=1 \\ Q=23}}$

$\frac{\bar{Q}}{Q} \setminus p$	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1.0
$\frac{5}{23}$	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
$\frac{7}{23}$	0.000	0.000	0.000	0.001	0.001	0.001	0.001	0.001	0.000	0.000
$\frac{9}{23}$	0.000	0.000	0.001	0.002	0.004	0.005	0.004	0.003	0.000	0.000
$\frac{11}{23}$	0.000	0.002	0.004	0.008	0.012	0.014	0.011	0.005	0.001	0.000
$\frac{13}{23}$	0.001	0.005	0.012	0.021	0.029	0.032	0.025	0.011	0.002	0.000
$\frac{15}{23}$	0.003	0.012	0.027	0.047	0.063	0.066	0.049	0.021	0.003	0.000
$\frac{17}{23}$	0.007	0.027	0.058	0.094	0.121	0.122	0.087	0.036	0.004	0.000
$\frac{19}{23}$	0.015	0.055	0.112	0.173	0.215	0.208	0.142	0.057	0.007	0.000
$\frac{21}{23}$	0.029	0.103	0.202	0.301	0.359	0.333	0.219	0.084	0.010	0.000
$\frac{23}{23}$	0.052	0.181	0.345	0.496	0.569	0.507	0.321	0.118	0.013	0.000

Referanser

- Ackerman, B.A. 1980. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Adler, J. G. og C. M. Falsen. 1814. Udkast til en Constitusjon for Kongeriget Norge. *Journal for Rigsforfatning, Lovgivning og Politie*, 2. bd., hf. 1. (Christiania).
- Amar, A. R. 1997. Double Jeopardy Law Made Simple. *Yale Law Journal* 106(6), 1807—1848.
- Andenæs, J.. 2000a. *Norsk straffeprosess*. Bd. I, 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 2000b. *Norsk straffeprosess*. Bd. II, 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Apostol, T. M. 1969. *Calculus: Multi-Variable Calculus and Linear Algebra, with Applications to Differential Equations and Probability*. Bd. II, 2. utg. New York, NY: Wiley.
- Arnstad, I. 2008. Hver tredje lekdommer er borte. *Rett på Sak* 5(2), 6.
- Austen-Smith, D. og J. S. Banks. 1999. *Positive Political Theory I: Collective Preference*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- . 2005. *Positive Political Theory II: Strategy & Structure*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Backer, F. 1984. Det amerikanske og det norske jurysystem. I *Rett og rettsal: Et festskrift til Rolv Ryssdal*. Oslo: Aschehoug.
- Bartoszynski, R. og M. Niewiadomska-Bugaj. 1996. *Probability and Statistical Inference*. New York, NY: Wiley.
- Berg, S. 1996. Condorcet's Jury Theorem and the Reliability of Majority Voting. *Group Decision and Negotiation* 5, 229—238.
- Bhattacharyya, G. K. and R. A. Johnson. 1977. *Statistical Concepts and Methods*. New York, NY: Wiley.
- Bjerke, H. K. og E. Keiserud. 2001a. *Straffeprosessloven*. Bd. I, 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 2001b. *Straffeprosessloven*. Bd. II, 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Boland, P.J. 1989. Majority Systems and the Condorcet Jury Theorem. *The Statistician* 38(3), 181—189.
- Bøhn, A. 2000. *Domstolloven: Kommentarutgave*. Oslo 2000: Universitetsforlaget.
- Cameron, P. J. 1998. *Sets, Logic and Categories*. London, UK: Springer.
- Camiker, E. H. 1994. Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking. *Texas Law Review* 73(1), 1—82.

- Casper, G. og H. Zeisel. 1972. Lay Judges in the German Criminal Courts. *Journal of Legal Studies* 1(1), 135—191.
- Comment. 1965. Twice in Jeopardy. *Yale Law Journal* 75(2), 262—321.
- Damaška, M. R. 1975. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *Yale Law Journal* 84(3), 480—544.
- . 1986. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, CT: Yale University Press.
- . 2007. *Evidence Law Adrift*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Davidson, S. 1998. The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System. I *The Inter-American System of Human Rights*, red. D. J. Harris & S. Livingstone. Oxford: Clarendon Press.
- Dressler, J. 1997. *Understanding Criminal Procedure*. 2. utg. New York, NY: Matthew Bender.
- Edelman, P. H. 2002. On Legal Interpretations of the Condorcet Jury Theorem. *Journal of Legal Studies* 31, 327—349.
- Egeland, T. 2009. Statistisk vektning av DNA-funn i straffesaker. *Tidsskrift for Strafferett* nr.2, 190—204.
- Egge, G. 1981. Jurysakens historie i Norge 1814—1863. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 201—237.
- Elster, J. 1989. *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Eng, S. 1990. Begrepene 'kompetanse' og 'gyldighet' i juridisk argumentasjon. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 103, 625—671.
- . 2000. Does the Doctrine of Precedent Apply to Judicial Arguments Concerning the Doctrine of Sources of Law? I *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*, red. W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger og G. H. von Wright, Berlin: Dunker & Humblot.
- . 2003. *Analysis of Dis/Agreement – With Particular Reference to Law and Legal Theory*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Feinberg, W. E. 1971. Teaching the Type I and Type II Errors: The Judicial Process. *The American Statistician* 25(3), 30—32.
- Fey, M. 2003. A Note on the Condorcet Jury Theorem with Supermajority Voting Rules. *Social Choice and Welfare* 20, 27—32.

- Fienberg, S. E. (red). 1989. *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*. New York, NY: Springer.
- Fienberg, S. E. og Schervish, M. J. 1986. The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and for Legal Decisionmaking. *Boston University Law Review* 66(4), 771—798.
- Findlater, J. 1981. Retrial After a Hung Jury: The Double Jeopardy Problem. *University of Pennsylvania Law Review*, 129(3), 701—737.
- Fischhoff, B. 1975. Hindsight \neq Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement Under Uncertainty. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1(3), 288—299.
- Friedman, H. 1972. Trial by Jury: Criteria for Convictions, Jury Size and Type I and Type II Errors. *The American Statistician* 26(2), 21—23.
- Føllesdal, D., L. Walløe og J. Elster. 1983. *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*. 2. omarb. og utv. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Goodin, R. E. og C. List. 2006. A Conditional Defense of Plurality Rule: Generalizing May's Theorem in a Restricted Informational Environment. *American Journal of Political Science* 50(4), 940—949.
- Gorfman, B., G. Owen and S. L. Feld. 1983. Thirteen Theorems in Search of the Truth. *Theory and Decision* 15(3), 261—278.
- Hagerup, F. 1904. *Den norske straffeproses*. Bd. I, 2. utg. Kristiania: Aschehoug.
- . 1905. *Den norske straffeproses*. Bd. II, 2. utg. Kristiania: Aschehoug.
- Harris, D. J., M. O'Boyle og C. Warbrick. 1995. *Law of the European Convention on Human Rights*. London, UK: Butterworths.
- Harris, D. J. og S. Livingstone. 1998. *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Heckscher, A. 1892. *Bidrag til Grundleggelse af en Afstemningslære*. Copenhagen: Universitetsboghandler G. E. C. Gad.
- Hjort, M. A. 2008. Prosessformen i Adler og Falsens grunnlovskast. I *Forfatningsteori møter 1814*, red. D. Michalsen. Oslo: Akademisk Publiserings.
- Hov, J. 2007. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. Oslo: Papinian.
- . 2010. *Rettergang II*. Oslo: Papinian.
- Hovi, J. og B. E. Rasch. 1993. *Strategisk handling*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Hylland, Aa. 1990a. Flertallskravet i lagmannsretten ved avgjørelsen av skyldspørsmålet i straffesaker som går for meddomsrett. *Lov og Rett* (1), 53—59.

- . 1990b. Redusert bruk av jury i lagmannsretten: Om saksbehandlingen i en viktig sak. *Nytt Norsk Tidsskrift*, 7(4), 315—324.
- . 2009. Hva bør gjøres når svært mange høyesterettsdommere er inhabile? *Lov og Rett* 48(2), 112—118.
- International Law Commission. 2006. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations: Geneva.
- Ivkovic, I. K. 2007. Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals. *Cornell International Law Journal* 40, 429—453.
- Johansen, J. P. R. 2008. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning. Ph.d.-avhandl., UiT.
- . 2009. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (*ne bis in idem*) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny. *Lov og Rett* 48(5), 283—298.
- Kalven, H. og H. Zeisel. 1966. *The American Jury*. Boston, MA: Little, Brown & Co.
- Kamin, K. A. og J. J. Rachlinski. 1995. Ex Post ≠ Ex Ante. *Law & Human Behaviour* 19(1), 89—104.
- Kaplow, L. og S. Shavell. 2002. *Fairness Versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, H. 1955. Foundations of Democracy. *Ethics* 66(1), 1-101.
- Klevorick, A. K. 1977. Jury Size and Composition: An Economic Approach. I M. Feldstein og R. Inman (red.): *The Economics of Public Services*. Oxford, UK: MacMillan.
- Langbein, J. H. 1981. Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? *American Bar Foundation Research Journal* 6(1), 195—219.
- Langbein, J. H., R. L. Lerner og B. P. Smith. 2009. *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York, NY: Aspen Publishers.
- Larsen, R. J. og M. L. Marx. 1986. *An Introduction to Mathematical Statistics and its Applications*. 2. utg. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Lempert, R. O. 1975. Uncovering “Nondiscernible” Differences: Empirical Research and the Jury-Size Case. *Michigan Law Review* 73, 643—708.
- Lindley, D. V. 1977. Probability and the Law. *The Statistician* 26(3), 203—212.
- . 1983. Theory and Practice of Bayesian Statistics. *The Statistician* 32(1-2), 1—11.
- MacCoun, R. J. 1989. Experimental Research on Jury Decision-Making. *Science* 244(4908), 1046—1050.
- Matningdal, Marius. 1998. Grensen mellom skyld- og straffespørsmål. *Jussens Venner*, 273—299.

- May, K. O. 1952. A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica* 20(4), 680—684.
- Melteig, A. 1992. Tilfeldighetsprinsippets betydning for uavhengige domstoler. *Lov og Rett*, 425—429.
- Michalsen, D. 2008. Konstitusjon og kodifikasjon – et perspektiv på legalitetsprinsippet og straff i Grunnlovens § 96. I *Forfatningsteori møter 1814*, red. D. Michalsen. Oslo: Akademisk Publiserings.
- Morano, A. A. 1976. Historical Development of the Interrelationship of Unanimous Verdicts and Reasonable Doubt. *Valparaiso University Law Review* 10(2), 223—230.
- Moulin, H. 1988. *Axioms of Cooperate Decision Making*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Nordén, G. 2002. Norges Banks rettslige stilling: en systemorientert analyse med implikasjoner på nivået for juridisk metode. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 115(3–5), 710—775.
- . 2010. Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court. I *Law and Economics*, red. E. Røsæg, E. Stavang og H. B. Schäfer. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.
- . 2012a. Kollektivbeslutninger under vage standarder. *Nordisk försäkringstidskrift* 134(1), 1—9.
- . 2012b. Reasoned Judgments and the Rule of Law: *Juries v. Mixed Courts* under Norm-Based Legal Uncertainty (artikkelutkast).
- Note. 1983. Public Disclosures of Jury Deliberations. *Harvard Law Review* 96(4), 886—906.
- Nowak, M. 2005. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. 2. rev. utg. Arlington, VA: N.P. Engel.
- Nygaard, L. J. 2010. *Juryen for fall: Demokrati og rettssikkerhet*. Oslo: Unipub.
- Opsahl, T. 1982. Menneskerettighetene I straffeprosessen. I *Lov og frihet* red. A. Bratholm, N. Christie og T. Opsahl. Oslo: Universitetsforlaget.
- Ovey, C. og R. White. 2006. *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*. 4. utg. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Pedersen, J. I. 2006. Uskyldpresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort. *Tidsskrift for Strafferett* 6(4), 258—293.
- Penrod, S. og R. Hastie. 1979. Models of Jury Decision Making: A Critical Review. *Psychological Bulletin* 86(3), 462—492.

- Poulin, A. B. 1995. Double Jeopardy and Judicial Accountability: When Is an Acquittal Not an Acquittal? *Arizona State Law Journal* 27(3), 953—991.
- Priestley, M. B. 1981. *Spectral Analysis and Time Series. Vol. 1: Univariate Series*. San Diego, CA: Academic Press.
- Rawls, J. 1991. *A Theory of Justice*. Rev. utg. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Reusch, C. H. P. 1999. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kompetanse ved videre kjæremål. *Lov og Rett*, 195—215.
- Schauer, F. og R. Zeckhauser. 1996. On the Degree of Confidence for Adverse Decisions. *Journal of Legal Studies* 25(1), 27—52.
- Schefflin, A. W. Jury Nullification: The Right to Say No. *Southern California Law Review* 45(1), 168—226.
- Schei, T., A. Bårdsen, D. Bugge Nordén, C. Reusch og T. M. Øye. 2007a. *Twisteloven*. Bd. I. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 2007b. *Twisteloven*. Bd. II. Oslo: Universitetsforlaget.
- Schwartzberg, M. 2011. Democracy, judgment and juries. Manuskript (Columbia University).
- Silverstein, A. J. 1976. Rebuttal: An Alternate Viewpoint on the Relationship of Unanimous Verdicts and Reasonable Doubt. *Valparaiso University Law Review* 11(1), 29—34.
- Skeie, J. 1939. *Den norske straffeprosess*. Bd. I. Oslo: Olaf Norlis Forlag.
- Skoghøy, J. E. A. 2002a. Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner. *Lov og Rett*, 337—354.
- . 2002b. Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven. I *Rettssteori og rettsliv*, red. P. Lødrup, S. Tjomsland. M. Aarbakke og G. Aasland. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 2009. Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett. *Lov og Rett* 48(6), 323—341.
- Strandbakken, A. 2001. Lay Participation in Norway. *International Review of Penal Law* 72, 225—251.
- . 2003. *Uskyldspresumsjonen*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Sunstein, C. R. 2000. Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes. *Yale Law Journal* 110(1), 71—119.
- Suppes, P. 1957. *Introduction to Logic*. New York, NY: Van Nordstrand.
- Sørensen, C. B. 2004. Læren om statens skjønsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 117, 134—196.

- Taroni, F., C. Aitken, P. Garabolino og A. Biedermann. 2006. *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*. Chichester, UK: Wiley.
- Thomas III, G. C. og B. S. Pollac. 1992. Rethinking Guilt, Juries, and Jeopardy. *Michigan Law Review* 91, 1—33.
- Traest, P. 2001. The Jury in Belgium. *International Review of Penal Law* 72, 27—50.
- Trechsel, S. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, UK: Oxford U. P.
- Urbye, A. T. 1910. Høiesterets stilling til skyldspørsmålet I ankesaker. *Norsk Retstidende*, 145—155.
- Urfalino, P. 2006. Apparent Consensus and Voting: Two Models of Collective Decision-Making. (Paper presented at Olivetti Foundation Workshop, Rome.)
- . 2010. Deciding as Bringing Deliberation to a Close. *Social Science Information* 49(1), 111—140.
- Van Bockel, B. 2010. *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*. Austin, TX: Wolters Kluwer.
- Van Dijk, P., F. van Hoof, A. van Rijn og L. Zwaak (red). 2006. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4. utg. Antwerpen: Intersentia.
- Volokh, A. 1997. *n* Guilty Men. *University of Pennsylvania Law Review* 146(1), 173—216.
- Walbert, D. F. 1971. The Effect of Jury Size on the Probability of Conviction: an Evaluation of Williams v. Florida. *Case Western Law Review* 22(3), 529—554.
- Weissbrodt, D. 2001. *The Right to a Fair Trial under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*. Haag: Kluwer.
- Westen, P. og R. Drubel. 1978. Toward a General Theory of Double Jeopardy. *The Supreme Court Review*, 81—169.
- Whitman, J. Q. 2008. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Wils, W. P. J. 2003. The Principle of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis. *World Competition* 26(2), 131—148.
- Zappfe, P. W. 1941. *Om det tragiske*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.
- Zeisel, H. 1971. ...And Then There Were None: The Diminution of the Federal Jury. *The University of Chicago Law Review* 38(4), 710—724.
- Aall, J. 1995. *Rettergang og menneskerettigheter: Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*. Oslo: Universitetsforlaget.
- . 1998. Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1—181.

Del III Legal Uncertainty and Collective Decision
 Mechanisms: An Analysis of the Norwegian
 Supreme Court

Del IV. Reasoned Judgments and the Rule of Law: *Juries*
v. Mixed Courts under Norm-Based Legal Uncer-
tainty

Reasoned Judgments and the Rule of Law: *Juries v. Mixed Courts* under Norm-Based Legal Uncertainty

[L]awyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear as to the *ratio decidendi*. In cases of first impression Lord Mansfield's often-quoted advice to the business man who was suddenly appointed judge, that he should state his conclusions and not give his reasons, as his judgment would probably be right and the reasons certainly wrong, is not without its application to more educated courts.

Oliver Wendell Holmes, 1870

[I]n cases where the doctrinal paradox arises, judgment and reason are immediately and inexorably pulled apart, to the potential detriment of the orderly development of legal doctrine.

Lewis A. Kornhauser and Lawrence G. Sager, 1993

1. Introduction¹

The criminal jury is under pressure in Europe. In its recent judgment *Taxquet v. Belgium*, the European Court of Human Rights (ECtHR) denounced juries for not reasoning their verdicts. The judgment has caused repercussions in several jurisdictions and accentuated a trend towards mixed courts as the preferred type of decision mechanism.² In mixed courts, professional and lay judges adjudicate with the same formal competence.

A view lingers that it is a weakness of the jury that it does not reason its verdicts. The word “reasoned” itself has favorable connotations, and the requirement seems almost self-evident from a normative point of view. In a well-known article, Fuller eloquently states:

Without some standard of decision the requirement that the judge be impartial becomes meaningless. Similarly, without such a standard the litigants' participation through reasoned argument loses its meaning. [---] Adjudication is a form of social ordering institutionally committed to “rational” decision (Fuller [1978] p. 373 and 380).

¹ I wish to thank Richard R. W. Brooks, Erling Eide, Robert C. Post, Birger Strøm and Philippe Urfalino for helpful discussions.

² Judgment Jan. 13. 2009. After intervention by the French, Irish and United Kingdom Governments, the ECtHR Grand Chamber in an unanimous judgment reversed the most far-reaching statements (Judgment Nov. 16, 2010).

The ECtHR has repeatedly stressed the importance of “the standard of decision” being formulated with sufficient precision.³ This notion of a formal rule of law finds concentrated expression in criminal law through the principle of legality and maxims such as *Nullum crimen sine lege*.⁴ “Reasoned argument” concerns the link between (“rational”) decisions and external criteria in substantive legal norms. In an influential text it is claimed:

[T]he interests of justice cannot be achieved unless a decision is fully reasoned. [...] The need to give reasons for a legal decision is closely linked to the character of law and of legal science. It belongs to the arts rather than to the natural sciences. Whether an assertion in law is right or wrong cannot be ascertained by a method comparable to a scientific experiment. The only possibility to verify a hypothesis in law lies in the reasons given. They must be complete and logical. Without reasons, a decision cannot claim to have legal character, let alone to be correct. (Trechsel [2005] p. 103).

This paper argues that implementation of the process ideals will have inadvertent effects. It is due to a *logical difficulty* that arises when individual judgments made under a substantive legal norm (legal doctrine) are aggregated to a binding legal decision in a multi-member panel. In a subset of situations, under the standard definition of guilt in criminal law, collectives cannot give “complete and logical” reasons. In modern literature, this phenomenon is called the *doctrinal paradox*.

If collectives were to give complete and logical reasons, they arguably would have to adopt—formally or informally—a so-called premise-based voting regime (PBV). A PBV-regime aggregates individual judgments on each premise in the substantive legal norm, and these findings are mapped to a conclusion (decision) by the legal doctrine. A PBV-regime contrasts to an outcome-based regime (OBV), where the collective judgment (decision) is formed directly based on individual conclusions under the substantive norm. The criminal jury is a paradigmatic example of an OBV-mechanism.

³ For instance in the plenary judgment *Sunday Times v. United Kingdom*:

[T]he law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. [A] norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able [...] to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. (Judgment April 26, 1979, ¶ 49.)

⁴ See Shapiro [1994] for a discussion of formal, substantive and institutional aspects of the rule of law notion. (In the European Convention of Human Rights a formal notion is expressed in Article 15: “No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed.”)

This paper demonstrates that in any multi-member panel using a majority or super-majority voting rule (votes required for an intermediate or final decision), change from an OBV-regime to a PBV-regime leads to an increased probability of conviction. If the policy response to process ideals also involves a reduction in panel size, suggestive of a switch from juries to mixed courts, the defendants' position will be further weakened. Under plausible evaluative criteria it is shown that a move to PBV and panel size contraction results in a higher probability of Type I errors (conviction of innocent defendants). These results are established in a simple probabilistic framework that reflects the normative requirements: Panel members are identified in the *ex ante* sense with the same substantive legal norms (the ruling law). Their judgments under the norm (on premises and conclusions) are aggregated according to explicit procedural rules assuming sincere (non-strategic) voting.⁵

Nineteenth century European legal scholars were aware of the challenges presented by aggregating individual decisions under reference to external criteria.⁶ Apparently forgotten, the paradox was rediscovered in a seminal 1986 *Yale Law Journal* paper by Louis A. Kornhauser and Lawrence G. Sager on group decision making in adjudication. It initiated an important development in axiomatic social choice theory, the paradox often referred to as the *discursive dilemma*. This so-called judgment, or logical aggregation, theory substantially deepens the challenges an idealized reason-giving collective must face. A key phrase from the literature is “impossibility theorems”.⁷

Due to the principle of legality, criminal law is a particularly interesting (and dramatic!) setting for an explication of these problems. Logically connected propositions are defined and categorized into reasons (“premises” in the jargon of aggregation theory) and conclusions by law (doctrine). The process of norm-application may be imagined syllogistically, reflective of continental

⁵ See Caminker [1999] for a *normative* discussion of strategic voting in multi-member courts.

PBV is manipulable under the present interpretation of judging (see Dietrich & List [2007], who formulate an appropriate, preference free notion of manipulability). As pointed out by Dietrich and List, manipulability is a weakness of the *regime*. Under OBV, strategic behavior is not relevant.

Section 9 comments on strategic behavior under the sentencing stage (there has been long-standing awareness of manipulability in European jurisprudence).

⁶ In a remarkable dissertation from 1892, Albert Heckscher gives a comprehensive discussion of the paradox and collective legal decision-making (Heckscher [1892], Ch. 9—11), see Section 2.1 below.

⁷ The first papers are List & Pettit [2002,2004]. Mongin & Dietrich [2011] describes the theoretical development with particularly close attention to the initial formulation as provided by the doctrinal paradox. List & Pollak [2010] is a review article.

conceptions of normative order and legal decision-making.⁸ At the same time, vagueness, openness, weighing or balancing prescriptions (even contestability) are prevalent features of concepts in admissible standards.⁹ A simple probabilistic *representation* of legal norms captures both aspects and is called norm-based legal uncertainty. To focus on intrinsically legal aspects, the paper abstracts from factual uncertainty (input to the legal norms).

To illustrate the confluence between substantive and procedural norms, functional analysis is applied to two operating procedural structures in the Norwegian criminal justice system: A ten-member jury and a mixed court (with three professional and four lay judges), each requiring a supermajority for verdicts or judgments of guilt. Beyond its intrinsic interest, this analysis is intended to shed light on ways in which the jury has been affected by ECtHR jurisprudence.¹⁰

Under a conjunctive version of legal doctrine, in the subset of situations in which a doctrinal paradox occurs, OBV results in a defendant's acquittal and PBV in conviction. Therefore, the increased risk associated with a move to PBV for a given panel size is linked to the probability of a doctrinal paradox. Using the explicit representation of legal doctrine, the probability of doctrinal paradoxes is calculated over a space of possible cases. The set of cases is exogenous and may be represented by parameters chosen by the reader.¹¹

The simultaneous effects of a move from the ten-member OBV-jury to a seven-member PBV-mixed court is also analyzed in terms of conviction probabilities. A sharp characterization of this

⁸ See Damaška [1975], Sec. 1.

⁹ See Waldron [1994] and Eng [2003] (esp. Sec. 2.B.5.5.4.2) for analyses of these properties.

¹⁰ In lieu of an arguably premature reading of the *Taxquet* chamber ruling, the Norwegian Supreme Court has developed an incongruent mechanism, requiring professional judges to reason the jury's verdict. A pertinent summary is given by judge Jebens' concurrent opinion in the Grand Chamber case:

Courts have been required by the Supreme Court, in exceptional cases, to state which evidence was decisive for the conviction or to present the reasons for the conviction, these explanations to be given by the judges alone, without the participation of members of the jury. Bearing in mind that [...] the verdict is reached by the jury and that the judges have not taken part in deliberations, it is in my view questionable whether such accommodations can be seen as truly reflecting the opinion of the jurors and providing the accused person with any more clarity than an unreasoned verdict.

The possibility of appeal from acquitting verdicts creates double jeopardy issues and a possibility for strategic errors (Nordén 2012).

New legislation is being prepared to accommodate perceived human rights requirements. A code draft committee, divided into a jury and mixed court fraction, in less than 13 months produced a complete proposal. The committee unanimously agreed that verdicts and judgments must be reasoned.

¹¹ The calculations are based on two propositions in List [2005], adjusted for supermajority requirements and structure imposed by the substantive norm formulation.

policy change can be made by introducing an external evaluative criterion based on a hypothetical large court. In this case, both institutional responses to the procedural ideals (voting regime and panel size contraction) contribute to a global increase in the probability of Type I error.

The deductive, probabilistic formulation of norms and the assumption of homogenous judges is the *hard* case for juries, representative of a continental vision of the proper administration of justice. Arguably, the jury represents a local and particularized conception of justice. The imposition of the process ideals can be seen as an attempt to transform fundamental legal authority structures in the sense of Damaška's coordinate and hierarchical models.¹² It may also explain the fervor in the government's interventions in the *Taxquet* Grand Chamber ruling.

The paper is organized as follows: Section 2 introduces the doctrinal paradox by way of a simple example: a summary description of the framework and main results of logical aggregation theory used normatively and positively to motivate PBV in mixed courts under idealized requirements.

In aggregation theory, doctrine is represented as a connection rule for propositions at a "second stage-level." To generate paradoxes (or a role for collective decision mechanisms more generally) judges must either come to different conclusions regarding facts or to a different legal evaluation of facts.¹³ Section 3 therefore motivates and introduces a two-dimensional substantive legal standard, representative of norm-based legal uncertainty.

Section 4 calculates the probability of doctrinal paradoxes under norm-based legal uncertainty for all possible configurations of legal facts. The probability function is first established for a collective with three judges deciding under majority rule. This minimal framework is instructive and intrinsically relevant to many jurisdictions. The function is then derived for the larger seven-member (mixed) panel, deciding under a super-majority rule (five or more votes for conviction). Structural properties of the probability functions are discussed, and unique global optima over the set of cases derived for both. The optima summarize the maximum increase in risk associated with a move from OBV to PBV for fixed panel sizes and given (super-) majority requirements.

¹² Damaška [1975,1986].

¹³ Unless specified otherwise, the term "judges" includes professional and lay members of a court and jurors.

Section 5 is on panel size and requirements under OBV. It summarizes properties of the mixed panels and the jury, drawing on well-known analytical results (the Condorcet Jury Theorem), but highlighting the role of super-majority requirements.

Section 6 merges the effects of a move from the ten-member OBV-jury to the seven-member PBV mixed court. The cumulative effects of a change in voting regime and panel size are analyzed based on difference in conviction probabilities between the two collectives over the set of possible cases.

Results are discussed in Section 7, suggesting the outcome in a hypothetical large (infinite) court as a criterion for evaluating outcomes under norm-based legal uncertainty. It allows a distinction between Type I errors and Type II errors (acquittal of guilty defendants). In particular, it demonstrates that the move from the jury to the PBV mixed court leads to a global increase in Type I error.

Mixed panels and juries are elements in authority structures. Section 8 discusses the interplay between judgment- and preference-based conceptions of adjudication as identified by Kornhauser and Sager in lieu of these structures.

In the concluding Section 9, the relevance of a preference-based understanding is more profanely demonstrated with a look at the second stage of a criminal procedure (penal reactions). In fact, drawing on a recent quantitative version of the doctrinal paradox, the problematic nature of reasons is further accentuated.

The formulation of substantive legal norms allows a comparatively simple analysis. However, the multitude of effects from substantive-procedural norm confluence necessitates some analytical derivations that are relegated to an Appendix.

2. The doctrinal paradox under legal certainty Equation Chapter 1 Section 1

2.1 Definition and discussion

Let that a , b and c be propositions, whose internal meaning will be investigated in Section 3 below. Let 1 and 0 denote that a proposition is true and false, respectively. Assume that legal doctrine (substantive law) pronounces c if and only if a and b :

$$a \wedge b \leftrightarrow c \quad (1.1)$$

In the present application, c will be the actual proposition that ‘the defendant is guilty’. Doctrine takes this to be the case if and only if both premises (reasons) a and b are judged to be present.¹⁴

Assume that a criminal case is decided by three judges under majority rule. The mechanism is denoted $M\left[\frac{2}{3}\right]$. The numerator refers to the number of votes required for acceptance of a proposition, and the denominator is the total number of judges on the panel. Each judge’s finding may be associated with an element in a set of possible findings $FI = \{(1,1), (1,0), (0,1), (0,0)\}$, where the first and second element in each ordered pair of 1’s and 0’s represents the judge’s conclusion with respect to proposition a and b , respectively. All judges are assumed to form consistent judgments in accordance with (1.1).

A possible sequence of judges’ findings is illustrated in Figure 2.1. It illustrates a small section of a larger tree-structure with $4^3 = 64$ possible sequences of findings. Judge 1 finds $(1,1)$, and concludes c ; judge 2 $(1,0)$, hence not- c ; and judge 3 $(0,1)$, hence not- c .

Figure 2.1 A sequence of votes leading to a doctrinal paradox.

<Attached>

¹⁴ The formulation (1.1) is used in Brennan [2001] and has later been generalized (see Section 2.2 below).

The restriction to a two-dimensional norm (conditions a and b) is without loss of generality. A dichotomous set of outcomes (c and not- c) occurs naturally in criminal law, see Section 2.3 below. (Some implications of higher dimensions are considered in Section 8 below.)

Interpreted as a contracted jury, the small collective decides on the question of guilt through a vote on the derived proposition c : An aggregate question (charge) is answered “yes” or “no” by each juror.¹⁵ Two judges find that not- c is the case. Under majority rule the defendant is *innocent*. The decision is generated under an outcome-based voting regime (OBV).

However, a majority of the judges (judge 1 and judge 2) find that legal premise a is present. Likewise, a majority (judge 1 and 3) find that b is present. Hence, according to an invariant aggregation rule, the collective finds that the compound proposition $a \wedge b$ is true. Accordingly, a rationally reasoning court, which satisfies the normative requirements alluded to in Section 1, concludes that the defendant is *guilty* under the doctrine. As stated in the epigraph, *judgment and reasons are pulled apart*.¹⁶ In terms of logical aggregation theory, the set of propositions accepted based on majority judgments on a , b , and c , $\{a, b, \text{not-}c\}$, is inconsistent relative to the doctrinal constraint (1.1).

This is an example of the *doctrinal paradox* rediscovered by Kornhauser and Sager. They fundamentally distinguish between preference aggregation and judgment aggregation, judgments appealing to external criteria (a and b) for validity.¹⁷ The paradox has been known in German and Scandinavian jurisprudence at least since the mid 1800s. A classic example is a three-dimensional conjunctive case with voting profile¹⁸

¹⁵ It is the jury concept considered ECtHR in *Taxquet v. Belgium* (Section 2.3.3 and 8 below).

¹⁶ The quote is from Kornhauser & Sager [1993] p. 25 (discussing a conjunctive paradox in contract-law).

¹⁷ Kornhauser & Sager [1986]. Their initial example is a disjunctive version of the paradox ($a \vee b \leftrightarrow c$).

When judging is perceived as revealing or expressing preferences, aggregation over dichotomous choice sets $\{c, \text{not-}c\}$ does not generate problems. In larger sets, however, logical paradoxes and possibility of manipulation is generic (but see Section 8 below).

¹⁸ Heckscher [1892] p. 115. In Chapter. 9—11 Heckscher gives a profound discussion of collective legal decision-making.

As observed by Rasch [1995], in the analysis of parliamentary voting procedures Heckscher discusses Condorcet’s paradox and even comes close to formulating Black’s famous median voter theorem. (Some comments on this can be found in Section 8 below.)

Heckscher was a practicing lawyer in Copenhagen. His dissertation was rejected by the Faculty of Law at the University of Copenhagen for being too esoteric. However, it was recognized by the Danish astronomer and mathematical statistician Thorvald N. Thiele and awarded the Dr.phil. Degree at the Faculty of Mathematics and Natural Sciences (Zeuthen [1897]).

	premise 1	premise 2	premise 3	conclusion
judge 1	0	1	1	0
judge 2	1	0	1	0
judge 3	1	1	0	0
collective	1	1	1	0

Table 2.1 A paradigmatic doctrinal paradox

The doctrinal paradox identified by Kornhauser and Sager is said to have created a “psychological chock” among social choice theorists and has initiated a profound line of research.¹⁹ In preparation for the analyses below, basic aspects of the theory will be outlined in Section 2.2.

2.2 Generalization of the doctrinal paradox: impossibility theorems²⁰

A set of individuals $1, 2, \dots, n$ is supposed to make judgments over a set of propositions P . The set includes atomistic propositions such as a and b , compound propositions such as $a \wedge b$, $c \leftrightarrow a \wedge b$, $a \vee b$, $\text{not-}a$, $\text{not-}b$, $\text{not}(a \wedge b)$, etc. P has to contain a certain minimum amount of propositions.²¹

Each judge j forms a set of personal judgments $J_j \subset P$. The sets of personal judgments are assumed to satisfy three minimal rationality requirements:

- *completeness*: for all propositions $p \in P$, either $p \in J_j$ or $(\text{not-}p) \in J_j$
- *consistency*: there is no proposition $p \in P$ such that both $p \in J_j$ and $(\text{not-}p) \in J_j$
- *deductive closure*: if J_j logically entails some other proposition $q \in P$, then $q \in J_j$

A *profile* of personal sets of judgments is a set of sets $\{J_1, J_2, \dots, J_n\}$. Each element (set) in this class satisfies completeness, consistency and deductive closure. Judgment aggregation concerns functions, assumed to satisfy some basic normative properties, which take profiles as arguments

¹⁹ Mongin & Dietrich [2011] p. 9.

²⁰ The following is an incomplete sketch transcribed from List & Pettit [2002,2004]. The reader is referred to these papers and more recent literature for precise formulations and statements in richer logical languages.

²¹ The doctrinal paradox is slightly reformulated by List & Pettit [2002,2004] and referred to as the *discursive dilemma* (see Mongin & Dietrich [2011]). The dilemma plays a similar role in judgment aggregation theory as the *Condorcet paradox* in Arrowian preference aggregation theory.

and map them into sets of *sets of collective judgments* J which are also complete, consistent and deductively closed. In short, does there exist a *function* F (or a class of such functions) from the set of admissible profiles of judgments to a class of sets of judgments satisfying

- *universal domain*: the function F should take as its arguments all possible profiles of personal judgments
- *anonymity*: all individuals should be given equal weight in the aggregation
- *systematicity*: the collective judgment on each proposition should depend only on the individual judgments on the proposition and the same pattern of dependence should hold for all propositions

A function satisfying these properties ensures so-called *individual responsiveness*. At the same time, by requiring judgment set J to satisfy completeness, consistency and deductive closure, it ensures *collective rationality*.

The class of functions represents every imaginable aggregation mechanism. The general result is that there exists *no* function F satisfying the normative requirements (List & Pettit [2002], Theorem 1). Hence, *no* procedural reform can meet the idealized normative requirements while simultaneously insisting on an individually responsive collective mechanism.

The examples in Section 2.1 illustrate that a mixed court $M\left[\frac{2}{3}\right]$ under majority vote on all propositions (systematicity) for some configurations of judges' findings generate sets of collective judgments that violate deductive closure (under a two- and three-dimensional conjunctive legal norm, respectively). The same applies to the large mixed court $M\left[\frac{5}{7}\right]$ under supermajority vote on all propositions (Section 4 below).

The next section considers possible responses to this situation. A distinction is made between explicit institutional design and adjustments within a given procedural structure.

2.3 *Juries and mixed-courts: Normative and positive perspectives in lieu of impossibility*

2.3.1 Juries

The doctrinal paradox and impossibility are not a direct concern to the modern criminal jury, or at least a jury as perceived in the present paper: it does not vote over individual penal code conditions for guilt, but directly over consequences.²² Individual juror findings are not reported, and there might be restrictions on aggregate information about the verdict that is made available.²³

2.3.2 Mixed courts: normative perspectives

A possible response to the doctrinal paradox (or impossibility more generally) is to adopt a strategy of premise-based voting, PBV. Such an approach for “collectivizing reason” is also called a “priority strategy” in the judgment aggregation literature.²⁴

A PBV-regime involves majority or supermajority votes on each premise (issue) *a* and *b*, and then takes the logical closure of the aggregate judgments using the doctrinal constraint

²² The German criminal jury originally was restricted to deciding specific questions of fact. Caper & Zeisel [1972] remark that “this apparent limitation on the jury made it easier for the conservative state governments to accept jury trials in the first place, but the [law-fact] distinction subsequently provided enemies of the jury (especially those in the legal profession) with a powerful argument. Since the distinction was artificial, and since laymen, they said, could not be entrusted with deciding the legal aspects of the guilt in question, the jury itself was unnatural. In the end, however, it was the artificial distinction rather than the jury that fell, when [...] the court organization legislation of 1877 preserved the jury and extended its competence to decide the entire issue of guilt” (p. 137—138).

Langbein, Lerner and Smith [2009] gives a comprehensive discussion of the development of law and fact in Anglo-American legal institutions.

In the *Taxquet* Grand Chamber judgment, the ECtHR quotes the Belgian jury charge (see Section 8 below regarding the charge to French jurors):

[The law] requires them to ask themselves questions, in silence and contemplation, and to discern, in the sincerity of their conscience, what impression has been made on their rational faculties by the evidence against the defendant and the submissions of the defense [...] it simply asks them this one question, which encompasses the full scope of their duties: ‘are you inwardly convinced?’ (§ 28.)

The Norwegian Criminal Procedure Act (CPA) Sec. 33 declares “The issue of guilt shall be voted on separately.” It applies to both juries and mixed courts. For juries, Sec. 365—366 also apply: “The object of the questions is the matter to which the indictment relates. A question must relate to only one person indicted, as far as possible to only to one criminal matter, and to only one penal provision. [...] All questions shall be so framed that the jury can answer yes and no to any of them. [...] A primary question shall, unless it relates to a matter that is not concerned with criminal guilt, begin with the words: Is the person guilty?” The question shall include the legal indicia of the criminal act and a short, but as accurate as possible, description of the matter to which the indictment relates, with details of time and place”.

The CPA in English translation is available at

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/profiles/norwayCriminalProcedureCode_en.asp

²³ After deliberating in a secluded room, the jurors vote. The CPA does not specify the details of the casting of votes (open or secret), but individual juror votes are revealed. (“When it has finished considering its verdict, the jury shall under the leadership of its foreman vote on the individual questions in the order in which they are put. The members of the jury shall vote in the sequence decided by lot pursuant to section 85 of the Courts of Justice Act. The foreman shall vote last. [...] At least seven votes are required for an answer that is in disfavor of the person indicted. The answer shall include a statement that it has been given by more than six votes. The number of votes must not in any case be further specified.” CPA Sec. 371 and 372.)

²⁴ List & Pettit [2002].

$c \leftrightarrow a \wedge b$. The method satisfies all the axiomatic normative requirements except *systematicity* (the collective view on proposition c is not formed with majority or supermajority vote).

Chapman argues for a weakening of the systematicity requirement in legal settings, based on (common) law's nature as a method of collective decision-making: the law naturally gives priority to PBV as an aggregation method.²⁵ Operationally, it is a viable method regarding the issue of guilt or innocence in criminal law, due to the principle of legality which prescribes a sufficiently clear substantive norm.²⁶

2.3.3 Mixed courts: positive perspectives

Mixed courts are required to give reasons for decisions both in the case of conviction and acquittal.²⁷ At the same time, guilt is defined based on OBV.²⁸

In the paradoxical situations described in Section 2.1, there is no support for the substantive norm for the acquittal. In the situation described in Figure 2.1, the majority fraction voting for acquittal

²⁵ “The common law courts, after all, idealize the aggregation of reason. Judges are obliged, first, to offer publicly comprehensible reasons in support of a decision for a given case [---]. Unlike forms of market or political decision-making, where individual right holders or legislators can make authoritative decisions without good reason, in law the reasons that are publicly articulated in support of some decision form a large part of the authoritative basis for it” (Chapman [2002] p. 341).

The jury charge is an important integral part of the jury verdict and resulting judgment. As noted by Heckscher [1982], the splitting of the procedure into a guilt and a sentencing stage, in itself represents a forming a view on reasons. The question that arises may therefore be more precisely stated as concerning a further splitting of reasons.

Under indeterminacy, the splitting of trial into two stages, involves a structural commitment to “polarized justice” or “winner-take-all” as criticized by Coons [1964].

²⁶ In many settings, the question of identifying or deciding the issues to be voted on (the set of propositions to be prioritized in List and Pettit's terminology) seems perplexing. As pointed out by Kornhauser & Sager [2004], a problem is “knowing when you've gone deeply enough in the regression towards first principles to be able to say that you have reached a reason instead of merely an outcome. In adjudication by multi-judge courts, doctrine stops the regress as it designates the nature of the reasons that justify outcomes in the cases that come before the court. Deeper reasons – reasons for the doctrinal premises – are offstage” (p. 266).

²⁷ The reasons concern both facts and law (CPA Sec. 39–41).

According to CPA 41(1) “The grounds of the judgment shall in all cases state whether the judgment is unanimous or, if this is not the case, which of the members of the court do not agree with the conclusion of the judgment, and the points on which there is disagreement.”

The professional judge leading the proceedings formulates the judgment (Sec. 39(2)). “Judges who do not agree with the conclusion of the judgment or the grounds of the judgment may require an account of their opinion to be included therein” (Sec. 41(2)). However, according to preparatory works individual judges do not have a duty to make such requirements.

²⁸ CPA Sec. 33 declares “The issue of guilt shall be voted on separately.” However, this prescription is not surrounded by the strict regulation of voting regime as in the jury (Section 2.3.1).

cannot agree on a reason (judge 2 votes for $\text{not}(a \wedge b)$ because not- b . Judge votes 3 votes $\text{not}(a \wedge b)$ because not- a . In the paradigmatic example in Table 2.1, none of the three judges can agree on a reason for acquittal. The same situation occurs under supermajority-rules (Section 4 below). The collective cannot formulate (“complete and logical”) reasons for the decision.²⁹

The court “speaks with a cacophony of voices.” Acquitting while finding a and b to be present, it “may, in effect, have no voice at all.”³⁰ It is unclear what would happen on appeal; among other things, it would depend on the formulation of the opinion. Hierarchical questions will not be discussed here. However, it may be argued that logical and hierarchical pressures work in tandem with expectations as formulated in Section 1 to motivate a mixed court to function *as if* it voted on premises.

The permanent members of the court are likely channels for such pressures, being career bureaucrats in a hierarchical authority structure.³¹ The professional judges lead the proceedings and deliberations, and are likely to dominate the temporary lay adjudicators.³² In the judgment aggregation theory, similar mechanisms for dealing with paradoxes are called the “authority strategy”.³³ It breaches the *anonymity* requirement: individuals do not contribute equally to the decision. It can take many forms. Comparatively lax regulation of mixed court voting regimes may enhance the strategy. For instance, in Norwegian mixed courts formal voting does not necessarily take place.³⁴ This procedural structure may be considered as an example of the *apparent consensus* model of social choice: A *stopping rule* for collective decisions that works without counting opin-

²⁹ The CPA demands “If the person charged is acquitted, the grounds of the judgment shall state which conditions for a finding of guilt are deemed to be unfulfilled [...]” Sec. 40(4).

³⁰ The quote is from Blinder [2007] p. 114 discussing analogous challenges facing monetary policy committees (see Section 8 below).

³¹ See Damaška [1975] Sec. 1.

³² “The president shall conduct the proceedings, put the questions, and count the votes. The voting is done orally in the sequence determined by the president” (CPA Sec. 32).

Damaška [1975] p. 493, who refers to Casper & Zeser’s [1972] leading empirical study, which concludes that West-German lay judges have very limited influence on judgments. (Ivkovic [2007] reviews more recent studies that report similar findings.)

³³ List & Pettit [2002].

³⁴ Mixed courts “shall carry out its deliberations and voting in camera before judgment is delivered, *unless the members immediately agree upon the decision*” (CPA Sec. 31; emphasis added).

ions “consistent with legitimacy of inequality in individual contributions to collectively made decisions”.³⁵

2.3.3 Conclusion

On both normative and positive accounts, fully coherent mixed courts may be analyzed as voting over premises. Below, the increased risk in such a move is assessed under a norm-based conception of legal uncertainty.

Procedural mechanisms (including aggregation rules and the jury instruction “beyond a reasonable doubt”) in their original functions were moral comfort rules making it *easier* for judges or jurors to convict. Christian jurors, worrying about the long-run fate of their souls, avoided personal moral agency in delegating responsibility through the heuristic of legal deduction: “It is the Law that doth it, and not we”.³⁶ A move from OBV to PBV disconnects individual responsibility and decision making. This is strikingly clear in the classic example in Section 2.1, where *no* judge concludes guilt under the substantive legal norm, but the fully integrated, rational collective convicts under PBV.

3. Norm-based legal uncertainty

Legal doctrine is given a summary description in logical aggregation theory. Judges’ findings are mapped to legal consequences (propositions) as described in Section 2. For judges to reach diverse findings as required for paradoxes to occur, factual evaluations must vary or unstated assumptions about legal doctrine must be at work.³⁷

³⁵ Urfalino [2006] p. 23. The model of apparent consensus is relevant to the understanding of processes integrating arguments rather than aggregating preference. It also describes the decision mechanism in The Council of the European Union, which neither requires unanimity nor votes (Urfalino 2010, Novak 2010).

³⁶ Whitman [2008]. The quote is from p. 18.

³⁷ Kornhauser [1992a,1992b] builds complex models of adjudication. *FI* is called a set of “complete resolutions of a case”. Adjudication and the development of legal norms is modeled via a notion of a case space (the set of all possible disputes that can come before a court of law) and (sets of) so-called extended rules: *functions* from the case space to a set of legal consequences. As individual cases are decided, the court makes decisions as to individual consequences. Decisions also shrink the set of admissible functions (extended rules) in a way that depends on the interpretation of common law legal methodology. The possibility of different findings reflects indeterminate standards for the identification of cases.

The present paper has a simpler fixed (a-temporal) representation of legal doctrine, based on the notion of *a* substantive, albeit possibly uncertain, substantive norm. The norm is complete in the sense of Kornhauser’s extended rules, but may only assign a probability distribution over the set of legal consequences for given inputs. However, the uncertain substantive norm, in contradistinction to the extended rules, has “internal structure.”

Reasoning under open standards is typical of law. For instance, evaluation of an explicit proposition a , such as ‘the defendant drove negligently’ depends not only on physical facts (speed, friction, etc), but also on the *meaning* of the word “negligence” in the law. It may not – even for a completely specified complex of conditioning facts – determine a particular conclusion. In this case the norm can be called a (local) standard.³⁸

The present section establishes an analytic representation of such openness, named norm-based legal uncertainty, which facilitates the functional analyses below.

3.1 Definition

Let lf_a be an index of aspects deemed relevant to the judgment of a proposition such as a (driver behavior under an applicable norm), such as speed, friction, etc. A legal norm may be envisioned as a *relation* between a set of possible legal facts, LF_a and a set of legal consequences, presently taken to be the set $\{1, 0\}$. The element 1 indicates the conclusion a is true and the element 0 the conclusion not- a . (A more complete norm formulation may map to further consequences, see below.) If the norm is determinative, the relation is functional, assigning to each $lf_a \in LF_a$ either the value 1 or the value 0 to the proposition (a global rule).

Even a standard may be determinative for some complexes of facts. For concreteness, identify the index of facts with measured speed and assume all other factors known and constant. A negligence standard may be determinative for sufficiently low speeds (not- a always the case) and for sufficiently high speeds (a always the case). In an intermediate range, however, the law might not determine the answer (given full information about conditioning facts). This situation may be represented by the situation illustrated in Figure 3.1 and defined in Equation (1.2):

$$P(a = 1 | lf_a) = P(A < lf_a) = \int_0^{lf_a} f_a(\tau) d\tau = F_a(lf_a). \quad (1.2)$$

³⁸ To focus on normative issues, the present paper abstracts from factual uncertainty. (Note that the jury considered in *Taxquet* would never vote over factual issues separately to resolve such uncertainty, see Section 2.3.3.)

The standard is represented by a stochastic variable A with distribution function f_a and cumulative distribution function F_a . $F_a(lf_a) \in [0,1]$ is the probability that the proposition is true given legal fact $lf_a \in LF_a$. From the figure, it is clear that $F_a \equiv 0$ in $[0, \underline{lf}_a]$ and $F_a \equiv 1$ in $[\overline{lf}_a, \infty)$. In these regions, the norm has rule character. In the intermediate region, $(\underline{lf}_a, \overline{lf}_a)$, $F_a(lf_a) \in (0,1)$ it is a standard.³⁹

Figure 3.1. A (one-dimensional) legal standard

<Attached>

To discuss doctrinal paradoxes, minimally a two-dimensional norm is required. A second dimension (e.g. a requirement of causality) is introduced analogously without further comment.

$$P(b=1|lf_b) = P(B < lf_b) = \int_0^{lf_b} f_b(\tau) d\tau = F_b(lf_b). \quad (1.3)$$

Let LC be a set of legal consequences with $LC = \{c, \text{not-}c\}$. Using (1.2) and (1.3) the (conjunctive) representation of doctrine in Equation (1.1) is expanded to legal standard which to any complex of legal facts $(lf_a, lf_b) \in LF_a \times LF_b$ assigns a probability $p(lf_a, lf_b) = F_a(lf_a)F_b(lf_a)$ to the truth of proposition c ('the defendant is guilty') and probability $1 - p(lf_a, lf_b) = 1 - F_a(lf_a)F_b(lf_a)$ to the truth of proposition $\text{not-}c$ ('the defendant is not guilty'). The probability distributions over the set of legal facts are a part of the objective description of the norm.⁴⁰

³⁹ The formulation is common in functionally oriented literature; see e.g. Calfee & Crasswell [1984] and Shavell [1987].

Throughout it will be assumed that the distribution function has properties which imply that F_a is continuously differentiable (is of class C^1) everywhere except possibly at \underline{lf}_a and \overline{lf}_a where it is assumed to be continuous (see e.g. Apostol [1969] Sect. 14.5—14.6 for details).

⁴⁰ Formally, the legal norm n is a function from the set of legal facts LF to the set of probability distributions over the set of legal consequences, $n: LF \rightarrow \mathbb{P}(LC)$. The model is a two-dimensional version of the representation in Nordén [2010], which makes more general remarks regarding representation of norms in a system perspective.

Apparently, Gottfried W. Leibniz in 1699 was the first to transform propositions into numerical values, conceptualizing legal rights to hold if certain conditions happen to be true. He assigned the number 0 to *jus nullum* (no rights); 1 to *jus purum* (unconditional rights) and a number between 0 and 1 to *jus conditionale*. Taroni *et al.* [2006] p. 37.

The present analysis is static in the sense that evolution in the substantive norm over time is not considered. After a decision is made, possible feedback to the substantive norm depends on many factors such as the courts level in the legal hierarchy, constellation of votes, formulation of reasons, and the structure of legal meta-rules (doctrine of precedent).

3.2 Illustration

The substantive legal norm (doctrine) is depicted in relation to the set of legal facts

$LF = LF_a \times LF_b$ in Figure 3.2. The set is partitioned into five regions (a solid line indicates that a subset or section of a subset contains its boundary and a dotted lines the opposite):

$$\left. \begin{aligned}
 DP &= \left\{ (lf_a, lf_b) \mid \underline{lf}_a < lf_a < \overline{lf}^a \text{ and } \underline{lf}_b < lf_b < \overline{lf}^b \right\} \\
 III_b &= \left\{ (lf_a, lf_b) \mid \underline{lf}_a < lf_a < \overline{lf}^a \text{ and } \overline{lf}^b \leq lf_b \right\} \\
 III_a &= \left\{ (lf_a, lf_b) \mid \overline{lf}^a \leq lf_a \text{ and } \underline{lf}_b < lf_b < \overline{lf}^b \right\} \\
 II &= \left\{ (lf_a, lf_b) \mid \overline{lf}^a \leq lf_a \text{ and } \overline{lf}^b \leq lf_b \right\} \\
 I &= LF \setminus DP \cup III_b \cup III_a \cup II
 \end{aligned} \right\} \quad (1.4)$$

Using chance nodes to represent probability distributions and letting a thick (dotted) line indicate that a branch has positive (zero) probability, branches are equipped with probabilities.

Figure 3.2 A complete (locally indeterminate) norm.

<Attached>

In region *I* and *II*, the norm functions as a rule: a unique element in *LC* is identified for all possible complexes of facts (legal facts are mapped to a degenerate probability distribution). In *III_b*,

DP and III_a , the norm functions as a standard: given any complex of facts, a non-degenerate probability distribution is imposed over the elements in LC . The DP -region is of particular interest in the present context. It is the only region in which doctrinal paradoxes can occur.

For the discussion below, it is helpful to introduce two additional concepts. *Iso-probability sets* $I_{\bar{p}}$ define regions in LF on which a legal standard is invariant (has a fixed probability distribution over LC). On $I_{\bar{p}}$ the probability that the composite proposition $a \wedge b$ is true is equal to \bar{p} . The set is given by

$$I_{\bar{p}} = \{(f_a, f_b) \in LF \mid F_a(f_a)F_b(f_b) = \bar{p}, 0 < \bar{p} < 1\}. \quad (1.5)$$

Restricted to DP , $I_{\bar{p}}$ defines an iso-probability *curve*. It has gradient $\nabla I_{\bar{p}}$. The gradient is normal to the curve at all points and is defined by⁴¹

$$\nabla I_{\bar{p}}(f_a, f_b) = \langle F_a'(f_a)F_b(f_b), F_b'(f_b)F_a(f_a) \rangle. \quad (1.6)$$

As illustrated in Figure 3.3, $I_{\bar{p}}$ comprises falling curves on DP and vertical and horizontal lines on III_b and III_a respectively.

Figure 3.3 Iso-probability sets and the expansion path on a subset of LF

<Attached>

Define the path $DP_{\bar{p}}$ in DP where the complexes of legal facts result in equal probability of proposition a and proposition b being true:

⁴¹ The gradient of a C^1 -function f is the vector of partial derivatives (F_a' and F_b' denote derivatives).

On ∇f as a normal, see Sydsæter [1981], Theorem 3.12.i. For later reference, note that ∇f points in the direction of the steepest increase of f ; and that the norm of the gradient, $\|\nabla f\|$, is the value of the directional derivative in the direction of the steepest increase (Theorem 3.12.ii-iii and Proposition (3.61)).

$$DP_{=} \{(f_a, f_b) \in DP \mid F_a(f_a) = F_b(f_b)\}. \quad (1.7)$$

On the intersection of $I_{\bar{p}}$ and $DP_{=}$, $F_a(f_a) = F_b(f_b) = \sqrt{\bar{p}}$. It follows that⁴²

$$\nabla I_{\bar{p}}(F_a^{-1}(\sqrt{\bar{p}}), F_b^{-1}(\sqrt{\bar{p}})) = \sqrt{\bar{p}} \left\langle F_a'(F_a^{-1}(\sqrt{\bar{p}})), F_b'(F_b^{-1}(\sqrt{\bar{p}})) \right\rangle. \quad (1.8)$$

4. The probability of a doctrinal paradox under norm-based legal uncertainty

Judges are identified *ex ante* with the substantive legal standard defined in Section 3. Under all voting regimes, judges are assumed to vote non-strategically according norm-determined outcomes in regions I and II and according to resolved norm-based uncertainty in regions DP , III_a and III_b .

The probability of a doctrinal paradox will be derived for $M\left[\frac{2}{3}\right]$ and $M\left[\frac{5}{7}\right]$ over DP . Unique global maxima are also derived. The smaller mechanism will be subject to a particularly detailed discussion both for pedagogical reasons and for its prominence in many legal systems. Furthermore, its probability function has more structure. Some problems are simplified by translating the analysis from the set of legal facts to a set of probabilities. It suitably corresponds to abstracting from non-essential aspects of the substantive norm (admissible distribution functions f_a and f_b).

4.1 The small panel $M\left[\frac{2}{3}\right]$

On DP , the substantive norm induces the following probability distribution over the possible findings:

Figure 4.1. The induced probability distribution (conjunctive case)

<Attached>

⁴² F_a^{-1} and F_b^{-1} denote inverse functions.

The probabilities may be assigned to the branches in the tree in Figure 2.1. A convenient consequence is that the probability of each path connecting the root with an end node is equal to the product of the branch probabilities.⁴³ Hence, the probability of the sequence of votes $\langle(1,1),(1,0),(0,1)\rangle$ exemplifying the doctrinal paradox equals

$$F_a F_b F_a (1 - F_b)(1 - F_a) F_b = F_a^2 (1 - F_a) F_b^2 (1 - F_b).$$

However, $\langle(1,1),(1,0),(0,1)\rangle$ is not the only sequence of votes giving rise to a paradox. Inspection of a completed tree structure would reveal five more; corresponding to a permutation of the judges' votes (the order in which judges vote does not matter).⁴⁴ Hence, the probability of a paradox in $M\left[\frac{2}{3}\right]$ on DP is given by

$$\rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(f_a, f_b) = 6F_a (f_a)^2 (1 - F_a (f_a)) F (f_b)_b^2 (1 - F_b (f_b)) \quad (1.9)$$

In the complement of DP , CDP , all judges must reach the same conclusion with respect to at least one dimension of the substantial norm. This implies that on CDP a paradox cannot occur. Everywhere in DP , however, paradoxes occur with positive probability.

It is easier to study the function $\rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}$ (and $\rho_{M\left[\frac{3}{4}\right]}$ defined in Equation (1.17) below) in a translated coordinate system. To this end, let $\overline{DP} = DP \cup \partial DP$ and define the following transformation from \overline{DP} to the rectangular set of probabilities, $\overline{S} = [0,1] \times [0,1]$:⁴⁵

$$\begin{aligned} x &= F_a (f_a) \\ y &= F_b (f_b) \end{aligned} \quad (1.10)$$

⁴³ See e.g. Bartoszynski & Niewiadomska-Bugaj [1996] Sec 4.2.

⁴⁴ The tree has $4^3 = 64$ branches. The five other sequences of votes are $\langle(1,1),(0,1),(1,0)\rangle$, $\langle(1,0),(1,1),(0,1)\rangle$, $\langle(0,1),(1,1),(1,0)\rangle$, $\langle(1,0),(0,1),(1,1)\rangle$, $\langle(0,1),(1,0),(1,1)\rangle$, see Section A1 in the Appendix.

⁴⁵ ∂DP denotes the boundary of DP .

There is a smooth one-to-one relation between points in \overline{DP} and \overline{S} .⁴⁶ On \overline{S} , $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is given by

$$\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) = 6x^2(1-x)y^2(1-y), \quad (1.11)$$

with function values reported in Table 4.1 below.

The function has the following properties on $S = (0,1) \times (0,1)$, see Figure 4.2:

- $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is strictly positive
- $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is quasi-concave and hence its level sets convex⁴⁷
- $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is symmetric ($\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) = \rho_{M[\frac{2}{3}]}(y, x)$) and hence the level sets symmetric around the straight line $y = x$ through the origin

On S the gradient is given by:

$$\nabla \rho_{M[\frac{2}{3}]} = \left(\frac{\partial \rho_{M[\frac{2}{3}]}}{\partial x}, \frac{\partial \rho_{M[\frac{2}{3}]}}{\partial y} \right) = 6xy((2-3x)y(1-y), x(1-x)(2-3y)). \quad (1.12)$$

⁴⁶ F_a and F_b are continuous and strictly increasing on $[\underline{f}_a, \overline{f}_a]$ and $[\underline{f}_b, \overline{f}_b]$, respectively, $F_a'(\underline{f}_a) > 0$ on $(\underline{f}_a, \overline{f}_a)$, $F_b'(\underline{f}_b) > 0$ on $(\underline{f}_b, \overline{f}_b)$, $F_a(\underline{f}_a) = F_b(\underline{f}_b) = 0$, $F_a(\overline{f}_a) = F_b(\overline{f}_b) = 1$. The derivatives of the transformation $F = (F_a, F_b)$ might not exist on ∂DP . On DP , F is so-called globally univalent and the *image set* $S = F(DP)$ open (see Pharthasarathy [1983] Ch. 6, Theorem 1b and the Invariance of Domain Theorem, p. 3).

⁴⁷ To demonstrate quasi-concavity, note that $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) \equiv e^{\ln 6 + 2 \ln x + \ln(1-x) + 2 \ln y + \ln(1-y)}$. Each component in the exponent sum is a concave, increasing function ($\ln(\cdot)$) of a linear function, hence concave (Sydsæter [1981], Theorem 5.14.iv). As a sum of concave functions, the exponent itself is concave (Theorem 5.14.i). Therefore ρ being a strictly increasing transformation of a concave function, is quasi-concave (Sydsæter [1981], Proposition 5.43).

The gradient of $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is orthogonal to the level curve $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) = c$ for all $c > 0$, such that the equation has a solution, and points in the direction of the steepest increase in $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$. By (1.12)

$\nabla \rho_{M[\frac{2}{3}]}$ points

north-east when $(x, y) \in (0, \frac{2}{3}) \times (0, \frac{2}{3})$ and straight north when $x = \frac{2}{3}$

north-west when $(x, y) \in (\frac{2}{3}, 1) \times (0, \frac{2}{3})$ and straight west when $y = \frac{2}{3}$

south-west when $(x, y) \in (0, \frac{2}{3}) \times (\frac{2}{3}, 1)$ and straight south when $x = \frac{2}{3}$

south-east when $(x, y) \in (0, \frac{2}{3}) \times (\frac{2}{3}, 1)$ and straight west when $y = \frac{2}{3}$

Hence

- $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ obtains a unique maximum at the stationary point $(x, y) = (\frac{2}{3}, \frac{2}{3})$ with

$$\rho_{M[\frac{2}{3}]}(\frac{2}{3}, \frac{2}{3}) = \rho_{M[\frac{2}{3}]}^* = 0.132. \quad ^{48,49}$$

Figure 4.2. Iso-probability curves and level curves for $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$.

<Attached>

⁴⁸ $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ is C^1 on \bar{S} and hence obtains a maximum (Weierstrass extreme value theorem). Clearly, this does not occur on the boundary of S . A *necessary condition* for an interior solution is that $\nabla \rho_{M[\frac{2}{3}]} = 0$ (Sydsæter [1981] Theorem 5.7). But these equations have a unique set of solutions on S . Hence, the unique global optimum is necessarily found.

⁴⁹ Some further properties are found by “slicing” the graph of $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ parallel to the $y - \rho_{M[\frac{2}{3}]}$ -plane for fixed values of x . $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) \Big|_{x=x^0} = \xi(y^2 - y^3)$, $\xi > 0$ for any $x^0 \in (0, 1)$ is strictly increasing and strictly convex for $y \in (0, \frac{1}{3})$, strictly increasing and strictly concave for $y \in (\frac{1}{3}, \frac{2}{3})$, and strictly decreasing and strictly concave for $y \in (\frac{2}{3}, 1)$. By symmetry, the same applies to $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) \Big|_{y=y^0} = \psi(x^2 - x^3)$, $\psi > 0$, for any $y^0 \in (0, 1)$. Over the straight line $y = x$ through origo, $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y) \Big|_{y=x} = 6x^4(1-x)^2$ is strictly increasing and strictly convex on $(0, \frac{2}{3} - \frac{\sqrt{10}}{15})$, strictly increasing and strictly concave on $(\frac{2}{3} - \frac{\sqrt{10}}{15}, \frac{2}{3})$, strictly decreasing and strictly concave on $(\frac{2}{3}, \frac{2}{3} + \frac{\sqrt{10}}{15})$, and strictly decreasing and strictly convex on $(\frac{2}{3} + \frac{\sqrt{10}}{15}, 1)$.

A further property of $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$, helpful to interpret the differences between legal mechanisms in Section 6 below, concern its behavior of over iso-probability sets $I_{\bar{p}}$ in \bar{S} . For $\bar{p} \in (0,1)$ define

$$I_{\bar{p}} = \{(x, y) \in \bar{S} \mid xy = \bar{p}\}. \quad (1.13)$$

Implicitly, (1.13) defines the strictly falling and strictly convex function (a rectangular hyperbola)

$$y = y(x; \bar{p}) = \frac{\bar{p}}{x} \quad (1.14)$$

with $x \in [\bar{p}, 1]$, $y(\bar{p}; \bar{p}) = 1$ and $y(1; \bar{p}) = \bar{p}$, and gradient $\nabla I_{\bar{p}} = \langle y, x \rangle$ and $\nabla I_{\bar{p}}|_{y=x} = x \langle 1, 1 \rangle$.

Since $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}}) \in I_{\bar{p}}$, with $\nabla I_{\bar{p}}(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}}) = \sqrt{\bar{p}} \langle 1, 1 \rangle$.

To study $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ on $I_{\bar{p}}$, define

$$\phi_{M[\frac{2}{3}]}(x; \bar{p}) = \rho_{M[\frac{2}{3}]}(x, y(x; \bar{p})) = 6\bar{p}^2 \{1 - x - y(x; \bar{p}) + \bar{p}\}. \quad (1.15)$$

It follows that

$$\frac{\partial \phi_{M[\frac{2}{3}]}(x; \bar{p})}{\partial x} \geq 0 \iff \frac{\partial y(x; \bar{p})}{\partial x} = -\frac{\bar{p}}{x^2} \leq -1. \quad (1.16)$$

The inequalities in (1.16) are equivalent to $x \leq \sqrt{\bar{p}}$, see figure 4.2. It means that for any $\bar{p} \in (0,1)$:

- the probability of a doctrinal paradox increases along the iso-probability curve $I_{\bar{p}}$ as the point $(x, y) \in I_{\bar{p}}$ moves from $(\bar{p}, 1)$ on the boundary of S towards the point $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$ on the straight line $y = x$ through the origin
- the probability of a doctrinal paradox increases along the iso-probability curve $I_{\bar{p}}$ as the point $(x, y) \in I_{\bar{p}}$ moves from $(1, \bar{p})$ on the boundary of S towards the point $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$ on the straight line $y = x$ through the origin
- on $I_{\bar{p}}$, the probability of a paradox is maximized at $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})^{50}$

Table 4.1 The probability of a doctrinal paradox under a two-dimensional conjunctive norm with three judges and majority rule.

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.002	0.003	0.005	0.007	0.008	0.008	0.007	0.004	0.000
0.2	0.002	0.006	0.012	0.018	0.024	0.028	0.028	0.025	0.016	0.000
0.3	0.003	0.012	0.024	0.036	0.047	0.054	0.056	0.048	0.031	0.000
0.4	0.005	0.018	0.036	0.055	0.072	0.083	0.085	0.074	0.047	0.000
0.5	0.007	0.024	0.047	0.072	0.094	0.108	0.110	0.096	0.061	0.000
0.6	0.008	0.028	0.054	0.083	0.108	0.124	0.127	0.111	0.070	0.000
0.7	0.008	0.028	0.056	0.085	0.110	0.127	0.130	0.113	0.071	0.000
0.8	0.007	0.025	0.048	0.074	0.096	0.111	0.113	0.098	0.062	0.000
0.9	0.004	0.016	0.031	0.047	0.061	0.070	0.071	0.062	0.039	0.000
1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000

4.2 The large panel $M\left[\frac{5}{7}\right]$

In $M\left[\frac{5}{7}\right]$, there are $4^7 = 16384$ sequences of possible votes, so the Section 4.1 approach is not practical. Using results developed by List [2005], adjusting for a supermajority requirement and a

⁵⁰ This is a strict maximum. In fact, $\phi_{M\left[\frac{5}{7}\right]}$ is strictly concave on the whole of $I_{\bar{p}}$ as can be seen from (1.15) (the function is a sum of concave functions, hence itself concave, Sydsæter [1981] Theorem 5.14.i) or from the computation $\frac{\partial^2 \phi_{M\left[\frac{5}{7}\right]}}{\partial x^2} = -6\bar{p}^2 \frac{\partial^2 y(x; \bar{p})}{\partial x^2} = -12 \frac{\bar{p}^3}{x^3}$. Hence the probability of a doctrinal paradox increases at a decreasing rate on $I_{\bar{p}}$ towards $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$.

At $y = x$, $\nabla \rho_{\left[\frac{5}{7}\right]} = g_{\left[\frac{5}{7}\right]}(x)(1, 1)$, $g_{\left[\frac{5}{7}\right]} = 6x^3(2 - 3x)(1 - x)$. $g_{\left[\frac{5}{7}\right]}(x) = 0$ iff $x = \frac{2}{3}$. It confirms (but does not in itself establish) the derivation of the optimum above.

loss of degrees of freedom caused by “input” probabilities being constrained by legal doctrine, the probability of a doctrinal paradox is derived in the Appendix (Section A1). It is given by:

$$\rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) = 105x^5(1-x)y^5(1-y)\{2xy - 3x - 3y + 4\}, \quad (1.17)$$

With function values reported in Table 4.2 below.

The function $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ has less structure than $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$. However;

- $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ is strictly positive on S
- $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ is symmetric ($\rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) = \rho_{M[\frac{5}{7}]}(y, x)$)
- $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ obtains a *unique* global maximum at $x^* = y^* = \frac{37 - \sqrt{249}}{28} \cong 0.758$, with maximum value $\rho_{M[\frac{5}{7}]}^* = 0.231$ (see the Section A2 in the Appendix)

Regarding $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$'s properties on $I_{\bar{p}}$, let:

$$\phi_{M[\frac{5}{7}]}(x; \bar{p}) = \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y(x; \bar{p})) = 105\bar{p}^5(1-x-y(x; \bar{p})+\bar{p})(2\bar{p}-3x-3y(x; \bar{p})+4) \quad (1.18)$$

Since

$$\frac{\partial \phi_{M[\frac{5}{7}]}(x; \bar{p})}{\partial x} \geq 0 \leftrightarrow \frac{\partial y(x; \bar{p})}{\partial x} = -\frac{\bar{p}}{x^2} \leq -1 \leftrightarrow x \leq \sqrt{\bar{p}}, \quad (1.19)$$

essential properties established for the small panel are preserved for $M[\frac{5}{7}]$, see Figure 4.3. For $\bar{p} \in (0, 1)$:

- the probability of a doctrinal paradox increases along the iso-probability curve $I_{\bar{p}}$ as the point $(x, y) \in I_{\bar{p}}$ moves from $(\bar{p}, 1)$ on the boundary of S towards the point $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$ on the straight line $y = x$ through the origin

- the probability of a doctrinal paradox increases along the iso-probability curve $I_{\bar{p}}$ as the point $(x, y) \in I_{\bar{p}}$ moves from $(1, \bar{p})$ on the boundary of S towards the point $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$ on the straight line $y = x$ through the origin
- on $I_{\bar{p}}$, the probability of a paradox is maximized at $(\sqrt{\bar{p}}, \sqrt{\bar{p}})$ ⁵¹

Along $y = x$

$$\nabla \rho_{M[\frac{5}{7}]} \Big|_{y=x} = g_{M[\frac{5}{7}]}(x) \langle 1, 1 \rangle, \quad (1.20)$$

with

$$g_{M[\frac{5}{7}]}(x) = 105(x^5 - x^6)x^4(1-x)(14x^2 - 37x + 20). \quad (1.21)$$

The second-order polynomial has roots $r_{1,2} = \frac{37 \pm \sqrt{249}}{28}$, that is $r_1 = x^* \in (0, 1)$. Since $r_2 > 1$, it is strictly positive on $(0, r_1)$ and strictly negative on $(r_1, 1)$. Hence, $\nabla \rho_{M[\frac{5}{7}]}$ points north-east along the line $y = x$ for $x < r_1$, south-west along $y = x$ for $x > r_1$. It attests to the derivation of the global optimum $(x^*, y^*) = (r_1, r_1)$ in the Appendix.⁵²

⁵¹ The maximum is strict, because the $\frac{\partial \phi_{M[\frac{5}{7}]}(x; \bar{p})}{\partial x}$ is strictly positive on $(\bar{p}, \sqrt{\bar{p}})$ and strictly negative on $(\sqrt{\bar{p}}, 1)$ (Sydsæter [1981], Theorem 5.4.i). However, $\phi_{M[\frac{5}{7}]}$ does not possess the concavity property of $\phi_{M[\frac{2}{3}]}$.

⁵² Along lines parallel to the x and y axis, $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ is initially monotonically increasing, then monotonically decreasing. It follows from

$$\frac{\partial \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) \Big|_{x=x^0}}{\partial y} = \xi \left\{ (21 - 14x^0)y^2 + (30x^0 - 42)y + (20 - 15x^0) \right\}$$

The polynomial has discriminant $\Delta(x) = 60x^2 - 140x + 84$. Since $\Delta(x)$ is strictly decreasing on $(0, 1)$ with $\Delta(0) = 84$, $\Delta(1) = 4$, $4 < \Delta(x) < 84$. Hence (*) admits two real solutions

$$r_{+,-} = \frac{42 - 30x \pm \sqrt{\Delta(x)}}{42 - 28x}$$

Figure 4.3 $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ along the iso-probability curve $I_{\bar{p}}$, $\bar{p} < (x^*)^2$

<Attached>

Table 4.2. Probability of a doctrinal paradox for $M[\frac{5}{7}]$ under a two-dimensional conjunctive norm.

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
0.2	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.002	0.002	0.002	0.002	0.000
0.3	0.000	0.000	0.001	0.002	0.005	0.009	0.013	0.014	0.010	0.000
0.4	0.000	0.000	0.002	0.008	0.017	0.030	0.041	0.044	0.031	0.000
0.5	0.000	0.001	0.005	0.017	0.039	0.066	0.091	0.097	0.068	0.000
0.6	0.000	0.002	0.009	0.030	0.066	0.114	0.155	0.163	0.112	0.000
0.7	0.000	0.002	0.013	0.041	0.091	0.155	0.208	0.215	0.144	0.000
0.8	0.000	0.002	0.014	0.044	0.097	0.163	0.215	0.217	0.138	0.000
0.9	0.000	0.002	0.010	0.031	0.068	0.112	0.144	0.138	0.081	0.000
1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000

5. Comparing mechanisms under outcome-based voting

Under outcome-based voting, only the product probability $p(lf_a, lf_b) = F_a(lf_a)F_b(lf_b)$ affects the decision in any collective. On the iso-probability set I_p in \bar{S} (Figure 4.3) or LF (Figure 3.3) the substantive norm maps all facts to the same probability distribution, p . Hence, under OBV iso-probability curves are *level curves* for the probability of conviction. Consequently, under OBV the effect of panel size and (super-) majority requirements may be studied over one dimension, with $p \in [0, 1]$. In Figures 5.1 and 5.2 a single judge ($M[\frac{1}{1}]$), $M[\frac{2}{3}]$, $M[\frac{5}{7}]$ and $J[\frac{7}{10}]$ are com-

For all $x^0 \in (0, 1)$, $r_+(x^0) > 1$ and $r_-(x^0) = \frac{42 - 30x^0 - \sqrt{\Delta(x^0)}}{42 - 28x^0} \in (0, 1)$. Hence, $\frac{\partial \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y)}{\partial y} \Big|_{x=x^0} > 0$ on $(0, r_+(x^0))$

and $\frac{\partial \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y)}{\partial y} \Big|_{x=x^0} < 0$ on $(r_-(x^0), 1)$. (To confirm the derivation of (x^*, y^*) in the Appendix, note that

$$r_-(x^*) = y^*.)$$

By symmetry, the same conclusions hold on lines parallel to the x -axis.

pared. The discussion is brief, since the properties reported are well known (if under other interpretations of probabilities and super-majority rules more seldom considered).

Under certainty ($p = 0$ or $p = 1$), all mechanisms generate the same result. Under a local standard, a single judge concludes c ('the defendant is guilty') with probability equal to the probability defining the substantive norm (the 45-degree line in Figure 5.1).

Under OBV, $M\left[\frac{2}{3}\right]$ concludes c with probability

$$P_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(p)\Big|_{OBV} = p^3 + 3p^2(1-p) \quad (1.22)$$

The function is illustrated in Figure 5.1. It may be derived using a tree structure such as in Figure 2.1, with two branches from each node (judge). Notice that $P_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(p)\Big|_{OBV}$ is strictly increasing, convex for $p \in [0, \frac{1}{2}]$, and concave for $p \in [\frac{1}{2}, 1]$. Furthermore, $P_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(p)\Big|_{OBV} > p$ for $p \in (\frac{1}{2}, 1)$, and vice versa. These properties are known as finite versions of the famous Condorcet Jury Theorem and generalize to larger collectives. As panels grow, the S -shape around $p = \frac{1}{2}$ becomes more pronounced and in the limit reaches a step-form (asymptotic properties of the Theorem).⁵³

⁵³ For any (odd) number of $n = 2m + 1$ judges, $m = 1, 2, 3, \dots$, under majority rule ($v(m) = m + 1$) the strictly increasing function $P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]}$ satisfies

$$\begin{cases} i) & P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]}(p) > p \text{ for all } p > \frac{1}{2} \\ ii) & P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]} \text{ is convex on } [0, \frac{1}{2}] \text{ and concave on } [\frac{1}{2}, 1]. \\ iii) & P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]}(p) = 1 - P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]}(1-p) \end{cases}$$

As m grows infinitely large, $P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]}$ tends to a "staircase function" with a "step" at $p = \frac{1}{2}$, see Boland [1989].

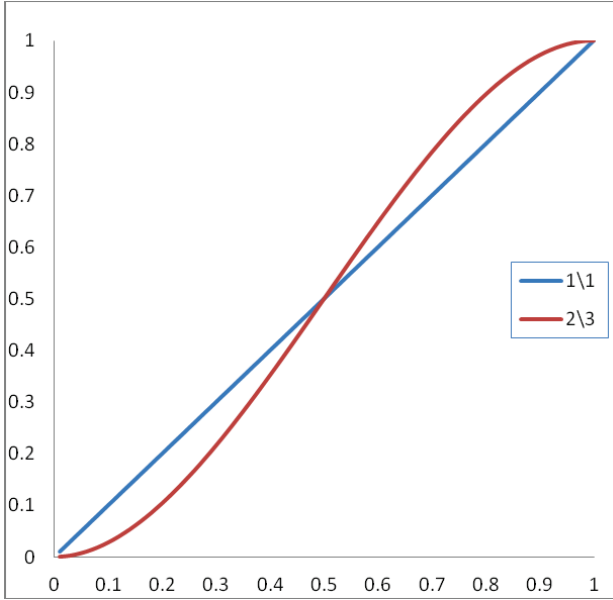


Figure 5.1 The probability of conviction in $M\left[\frac{1}{1}\right]$ and $M\left[\frac{2}{3}\right]$ under OBV.

A requirement of supermajority implies a negative vertical shift in the probability of conviction for any (finite) panel size. Furthermore, the point of inflexion is shifted to the right (the *S*-shaped curves are shifted south).⁵⁴ These properties are reflected in Figure 5.2.⁵⁵

Due to their size, $M\left[\frac{5}{7}\right]$ and $J\left[\frac{7}{10}\right]$ have a more pronounced *S*-shape than $M\left[\frac{2}{3}\right]$. Due to the supermajority requirements ($\frac{50}{70}$ and $\frac{49}{70}$, respectively), both are substantially asymmetric around $p = \frac{1}{2}$. As can be seen from Figure 5.2, the jury has *lower* probabilities of conviction than $M\left[\frac{5}{7}\right]$ under OBV for all input values $p < 0.695$ and higher probabilities for $p > 0.695$. The difference marked for several input values (up to 5.5 percentage points).

⁵⁴ The supermajority requirement is $m+1 < v(m) < 2m+1$. See Fey [2003], Theorem 2, for precise formulations and limit results.

⁵⁵ The functions in Figures 5.1 and 5.2 are cumulative binomial distributions;

$$P_{J/M\left[\frac{v}{v}\right]} = \sum_{i=v}^n \binom{n}{i} p^i (1-p)^{n-i} = \frac{n!}{(v-1)!(n-v)!} \int_0^p \tau^{v-1} (1-\tau)^{n-\tau} d\tau.$$

Function values may be derived from Tables A1 and A2 in the Appendix (let $p = F_a F_b$).

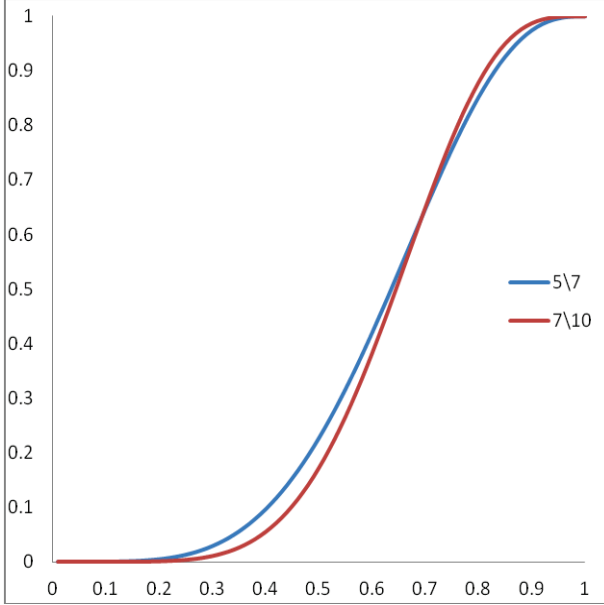


Figure 5.2 The probability of conviction in $M\left[\frac{5}{7}\right]$ under OBV and in $J\left[\frac{7}{10}\right]$.

6. Jury v. a coherent reason giving mixed court

A fully coherent reason-giving mixed court with n members requiring v votes for the adaption of a proposition, $M\left[\frac{v}{n}\right]$, is assumed to follow – or function as if it followed – a premise-based procedure, PBV (Section 2.3). The probability of conviction in this court is given by the probability of conviction under OBV plus the probability of a doctrinal paradox

$$P_{M\left[\frac{v}{n}\right]}(f_a, f_b) \Big|_{PBV} = P_{M\left[\frac{v}{n}\right]}(f_a, f_b) \Big|_{OBV} + \rho_{M\left[\frac{v}{n}\right]}(f_a, f_b). \quad (1.23)$$

In the regions where doctrinal paradoxes cannot occur ($\rho_{M\left[\frac{v}{n}\right]} \equiv 0$ on CDP or ∂S), OBV and PBV are functionally equivalent. In these situations OBV-collectives will not find it problematic to reason (super-) majority judgments. In these regions in Figure 3.3, differences between juries and mixed courts may be analyzed as in Section 5 – the two-dimensional aspect of the legal norm does not add interesting aspects to the analyses.

On DP , however, the probability of paradoxes is positive. In particular, $\rho_{M[\frac{2}{3}]}$ varies along iso-probability curves as discussed in Section 4. A comparison of juries and mixed courts must therefore simultaneously consider the effects of panel size and voting regime.

Given any $(I_a^0, I_b^0) \in DP$ in Figure 3.3, an iso-probability curve I_{p^0} is defined with

$p^0 = F_a(I_a^0)F_b(I_b^0)$. I_{p^0} is a level set for $P_{M[\frac{2}{3}]}|_{OBV}$. To calculate $P_{M[\frac{2}{3}]}(I_a^0, I_b^0)|_{PBV}$ according to (1.23), the first element, $P_{M[\frac{2}{3}]}(I_a^0, I_b^0)|_{OBV}$, may be envisioned as $P_{M[\frac{2}{3}]}(p^0)|_{OBV}$ in Figure 5.2 (the location on I_{p^0} is irrelevant). The second element, the probability of a paradox $\rho_{M[\frac{2}{3}]}(I_a^0, I_b^0)$, however, depends on the location on I_{p^0} (Tables 4.1 and 4.2).

From the analyses in Section 4, given any collective and any point on $(I_a, I_b) \in I_{p^0}$ in Figure 3.3, the probability of a doctrinal paradox increases with movement towards $DP_{\frac{2}{3}}$ on I_{p^0} (while $P_{M[\frac{2}{3}]}|_{OBV}$ remains fixed). Along $DP_{\frac{2}{3}}$, the probability of a doctrinal paradox increases under $M[\frac{2}{3}]$ until the point $(F_a^{-1}(\frac{2}{3}), F_b^{-1}(\frac{2}{3}))$ is reached on $I_{\frac{2}{3}}$. Thereafter it falls. Under $M[\frac{5}{7}]$, the probability of a doctrinal paradox increases along $DP_{\frac{2}{3}}$ until the point $(F_a^{-1}(0.758), F_b^{-1}(0.758))$ on $I_{0.575}$ and thereafter falls.⁵⁶

I_{p^0} is also a level set for $P_{J[\frac{7}{10}]}$. The probability of conviction (c) in the jury at (I_a^0, I_b^0) $P_{J[\frac{7}{10}]}(I_a^0, I_b^0) = P_{J[\frac{7}{10}]}(p^0)$ may be envisioned as in Figure 5.2 (the location in I_{p^0} is irrelevant).

The increased probability of conviction in moving from an outcome based jury to a fully coherent reason-giving mixed court is given by $P_{M[\frac{5}{7}]}(I_a, I_b)|_{PBV} - P_{J[\frac{7}{10}]}(I_a, I_b)$. On CDP , this difference,

⁵⁶ Some additional remarks may be made regarding the probability of paradoxes along lines parallel to the I_a^0 -axis and I_b^0 -axis for both $M[\frac{2}{3}]$ and $M[\frac{5}{7}]$, see Section 4.1 and 4.2, respectively.

suitably translated to the one-dimensional space $p \in [0,1]$, is seen in Figure 5.2. On DP , translated to S , it is calculated as

$$P_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) \Big|_{PBV} - P_{J[\frac{7}{10}]}(x, y) = P_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) \Big|_{OBV} + \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y) - P_{J[\frac{7}{10}]}(x, y) \quad (1.24)$$

Table 6.1 reports values for a subset of parameters (x, y) .

Table 6.1. Difference in probability of conviction between $M[\frac{5}{7}]_{PBV}$ and $J[\frac{7}{10}]$

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
0.2	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.002	0.003	0.004	0.004	0.004
0.3	0.000	0.000	0.001	0.003	0.006	0.012	0.018	0.022	0.022	0.018
0.4	0.000	0.000	0.003	0.009	0.021	0.038	0.055	0.067	0.063	0.042
0.5	0.000	0.001	0.006	0.021	0.048	0.085	0.121	0.138	0.119	0.055
0.6	0.000	0.002	0.012	0.038	0.085	0.146	0.201	0.217	0.164	0.038
0.7	0.000	0.003	0.018	0.055	0.121	0.201	0.263	0.264	0.170	-0.003
0.8	0.000	0.004	0.022	0.067	0.138	0.217	0.264	0.239	0.128	-0.027
0.9	0.000	0.004	0.022	0.063	0.119	0.164	0.170	0.128	0.053	-0.013
1	0.000	0.004	0.018	0.042	0.055	0.038	-0.003	-0.027	-0.013	0.000

7. Discussion

If panels of a fixed size under a given (super-) majority rule changes from an outcome-based to a premise-based voting-regime, the risk to defendants increase because $\rho_{M[\frac{5}{7}]} > 0$ on DP . Results are summarized in Tables 4.1 and 4.2 for $M[\frac{2}{3}]$ and $M[\frac{5}{7}]$, respectively. When a move to PBV is combined with a reduction in panel size, additional effects play out jointly. The results of a change from $J[\frac{7}{10}]$ to $M[\frac{5}{7}]_{PBV}$ are summarized in Table 6.1. Positive numbers correspond to an increase in the probability of conviction.

Sharper characterizations of the mechanisms necessitate external criteria for evaluating outcomes. Kornhauser and Sager distinguish between four purposes that may be imputed to legal decision mechanisms. The first three are judgment aggregation, preference aggregation and representation. In the context of judgment aggregation and norm-based legal uncertainty, one can observe that in

legal hierarchies, pure questions of law are typically decided under *majority rule* by successively *larger panels* when questions are deemed important.⁵⁷ It is suggestive of the outcome in a very large (infinite) court under OBV and majority rule as the *definition* of the correct outcome (the external standard). By the (asymptotic) Condorcet Jury Theorem, the defendant is guilty in the region “north-east” of the iso-probability curve $I_{0.5}$ in $LF(DP)$ in Figure 3.3 (4.3), and otherwise innocent.⁵⁸ The regions correspond to $p > 0.5$ and $p \leq 0.5$, respectively, in Figures 5.1 and 5.2.

Under this definition, the analyses in Section 5 may be reinterpreted to illuminate the role of panel size and supermajority requirements.

On the (asymptotic) Condorcet Theorem, a sufficiently large panel eliminates both Type I and Type II errors.⁵⁹ However, in costly, finite real-world panels of limited size, a qualified majority requirement insures against Type I errors at the cost of a higher probability of Type II errors for a subset of cases. Regarding the specific mechanisms analyzed, although $J\left[\frac{7}{10}\right]$ has a slightly lower voting-ratio requirement for conviction than $M\left[\frac{5}{7}\right]_{OBV}$ ($\frac{49}{70}$ and $\frac{50}{70}$, respectively), the larger jury interestingly has a globally lower probability of Type I errors. It also has a lower probability of Type II errors for sufficiently large input values. In the interim region $p \in (0.5, 0.695)$, the protection against Type I errors is obtained at a cost of a higher jury probability of Type II errors.

A change from OBV to PBV for a given panel size leads to a global increase in the probability of Type I errors (the whole region “south-west” of $I_{0.5}$). The increase is measured by $\rho_{M\left[\frac{5}{7}\right]}$, see Tables 4.1 and 4.2. Similarly, the functions measure a global reduction in the probability of Type II errors “north-east” of $I_{0.5}$.

⁵⁷ In a continental perspective, the choice of decision-mechanism is *jus cogens* (Damaška [1975] p. 536—537). The ECtHR Grand Chamber has 17 members. The Norwegian Supreme Court in plenary session has 20 members. Both decide issues of substantive law by majority vote.

⁵⁸ At $I_{0.5}$ as m becomes sufficiently large, the majority probability function $P_{M\left[\frac{m+1}{2m+1}\right]_{OBV}}$ becomes a step function, see note 53 in Section 5. (In typical applications of the Condorcet theorem, probabilities are interpreted as judges’ ability to reach an underlying true state that they all agree on. See Nitzan & Paroush [1985] for variations over the basic model under this interpretation.)

⁵⁹ The symmetry properties stated in note 53 in Section 5, is important to civil procedure.

Note that the probability of paradoxes under PBV (see Figure 4.2) is not symmetric around $I_{0.5}$. It affects PBV as a viable method in civil law.⁶⁰

A simultaneous shift from OBV to PBV in voting regime and contraction of the panel size as involved in a shift from $J\left[\frac{7}{10}\right]$ to $M\left[\frac{5}{7}\right]_{PBV}$, involves a mix of the effects discussed, as illustrated by the calculations in Table 6.1. In the shaded entries, which correspond to the region “north-east” of $I_{0.5}$, the defendant is guilty, otherwise innocent. It follows that a change from the jury to the premise-based mixed court leads to a global increase in the probability of Type I errors: the jury size and voting regime protects innocent defendants. It implies a reduction of the probability of Type II errors in the region corresponding to positive numbers in the shaded region, and to an increase in the probability of Type II errors in the region corresponding to negative numbers.

The requirements of “complete and logical” reasons are process values. The repercussions from elevating these ideals under the rule of law are perhaps counter-intuitive, causing a global increase in the risk of Type I errors.

8. Transformed authority structures?

The assumption of homogeneous adjudicators, all identified with the same substantive norms, is the hard case for juries. Considering that jurors (and lay judges) are randomly drawn from lists constructed to be representative of a larger population to serve temporarily, representative or preference-based conceptions of their agency and the legitimacy of the criminal procedure mechanism seem more relevant.⁶¹ The shift in perspective motivates a change in the analytical framework and more fundamentally invites questions regarding authority structures.

⁶⁰ For the PBV $M\left[\frac{2}{3}\right]_{PBV}$, $\rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]_{PBV}}$ is maximized at $(F_a, F_b) = \left(\frac{2}{3}, \frac{2}{3}\right)$, with $\left(\frac{2}{3}\right)^2 < 0.5$. The probability of a doctrinal paradox is maximized in a region where the defendant is innocent. Since $\left(\frac{37 - \sqrt{249}}{28}\right)^2 > 0.5$ the probability of a doctrinal paradox is maximized for $M\left[\frac{5}{7}\right]_{PBV}$ in a region where the defendant is guilty.

In civil law, majority rule and OBV is traditionally used with a symmetric preponderance of the evidence standard regarding factual issues.

⁶¹ See generally e.g. Edelman [2002] (“the polling model”). Even stratified randomization is used (see Elster [1989], Sec. 2.). The Norwegian jury is for instance composed of an equal number of male and female jurors.

In a representative or preference-based perspective, rather than postulating a complete (if uncertain) norm, an adjudicator should be entitled to his or her own (representative) judgment given the facts of the case and applicable standards (based on information made available under trial, including a jury charge). Under considerations of equal treatment and input to the collective decision, May's normatively appealing axioms suggests defining the external standard as the majority outcome (the axioms are necessary and sufficient for this conclusion).⁶² When adjudicators are randomly drawn to serve in finite procedural mechanisms, the *maximum* probability of conviction increases with a shift from OBV to PBV given any panel size and hence the maximum probability of Type I error.⁶³ The role of panel size under the polling perspective may be analyzed as in Section 5.⁶⁴

“Complete and logical” reasons facilitate superior review. The mixed court then becomes a stepping stone to a superior court, consisting solely of professional judges. In criminal cases, the reviewing panel is often smaller than even the mixed court, and (legal) questions regarding guilt are decided under *majority* rule.⁶⁵ The relevant comparison to the jury is then a considerably different decision mechanism (even under OBV).

⁶² May [1952]. The perspective is elaborated in Nordén [2012].

⁶³ In the population of potential adjudicators, let P_{11} be the number that find both premises in Equation (1.1) satisfied, P_{10} the number that find the first but not the second premise satisfied, etc. Parameters $p_{11} = \frac{P_{11}}{P_{11} + P_{10} + P_{01} + P_{00}}$, $p_{10} = \frac{P_{10}}{P_{11} + P_{10} + P_{01} + P_{00}}$, etc. may be defined. They give the probability distribution over findings for a randomly drawn adjudicator (compare Figure 4.1). For instance, the probability of a doctrinal paradox in $M\left[\frac{2}{3}\right]$ is given by

$$\rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(p_{11}, p_{10}, p_{01}) = 6p_{11}p_{10}p_{01}, \text{ with maximum value } \rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}\left(\frac{1}{3}, \frac{1}{3}, \frac{1}{3}\right) = \frac{2}{9} > \rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}(x, y) \Big|_{(x,y)=\left(\frac{2}{3}, \frac{2}{3}\right)} = \rho_{M\left[\frac{2}{3}\right]}^* = 0.132$$

(Section 4.1). The parameters $(p_{11}, p_{10}, p_{01}, p_{00})$ have the same interpretation as in List [2005]. The direction of the conclusion holds for any panel size, because in the polling framework allows maximization over three rather than two variables (the substantive legal norms restricts function domains).

⁶⁴ With $p = \frac{P_{11} + P_{10}}{P_{11} + P_{10} + P_{01} + P_{00}} \times \frac{P_{11} + P_{01}}{P_{11} + P_{10} + P_{01} + P_{00}}$.

If professional and lay judges are considered as drawn from different populations, a two-parameter model is necessary. $M\left[\frac{5}{7}\right]_{OBV}$ is compared to $J\left[\frac{7}{10}\right]$ under these assumptions in Nordén [2012].

⁶⁵ In Norway, criminal cases that are admitted to the Supreme Court typically are decided in $M\left[\frac{2}{3}\right]$ or $M\left[\frac{3}{5}\right]$ mechanisms (Nordén 2010). Fuzzy distinctions between fact (inadmissible) and law are used to screen cases. If a case is not closed by a judgment in the Supreme Court, the lower court retrying the case “shall follow the interpretation of the law on which the decision in the appeal case is based” (CPA Sec. 350).

The coordinate authority structure paradigmatically represented by the jury is replaced with a bureaucratic hierarchical structure.⁶⁶ The French Government's forceful intervention in the *Taxquet* Grand Chamber case, attests to this. According to the ECtHR summary of the submission, three fundamental procedural principles are:⁶⁷

the oral and uninterrupted nature of proceedings and the rule of personal conviction. Those characteristics, deriving directly from the participation of citizens in the act of judging [---] was linked to that of personal conviction, which was likewise made explicit: the jurors' decision was not to be dictated by legal standards or rules but by the examination, through their "conscience" and "rational faculties", of the evidence heard in the adversarial proceedings [---] the only legally admissible "reasoning" in the judgment [...] was constituted by the answers to the questions put to the jury and by the single words "yes" or "no". [---] the Court [ECtHR] should not extend its powers to harmonizing the domestic law of the State Parties; to do so would disrupt legal systems and undermine both the authority of its own judgments and the normal democratic process in the member States. [...] departures from settled case-law might discredit not only the Court's [ECtHR's] judgments but also the very concept of human rights. (¶¶ 81 and 82)

Under indeterminacy, the belief that intrinsically ultimate reasons are given as one reaches higher in hierarchical echelons may represent a form of "pseudorationalism" leading "partly to self-deception, partly to hypocrisy".⁶⁸ Under indeterminacy, the jury-system's approximation of a large panel one-shot game seems about right.⁶⁹

9. Conclusions

In paradoxical situations, a court cannot simultaneously maintain an OBV definition of guilt and openly meet the normative demands of a fully reasoned, rational decision according to doctrine as

⁶⁶ These fundamental notions are developed in Damaška [1975,1986].

⁶⁷ The fact that the ECtHR Chamber and Grand Chamber draw different conclusions, attests to norm-based legal uncertainty. The Chamber judgment, and the fact that it instantly produced repercussions in many jurisdictions, invites thoughts about the relationship between European legal education and scholarship and the authority structure (see Damaška [1975] and Post [2009]).

⁶⁸ Elster [1989] p. 121 in reference to Otto Neurath. Coons points out that in "problems such as negligence, we tend to expect the law to enunciate a standard of conduct having relevance to all men. However shabby the syllogisms that support the final judgment, men can cling to it as to a plank in a shipwreck. It may seem all that separates them from the descent into the Maelstrom of uncertainty, [---] Law, after all is for the happiness of men, and some men will always be happier with the appearance of justice" (Coons [1964] p. 771).

⁶⁹ In civil law, similar conclusions may be reinforced by consideration of the interplay between risk-aversion and cost-allocation rules (see Nordén [2010] for some tentative reflections).

discussed in Section 1. Holme’s hunch, expressed in the epigraph, is remarkably relevant transposed to the multi-member court environment.⁷⁰

In closing, and in continued reference to the preference-based perspective, note that penal reactions typically are decided under majority rules. In Norwegian jury cases, the professional judges are joined by four jurors, forming a uniform panel for all appellate cases, $M\left[\frac{4}{7}\right]$.⁷¹ In most situations, the panel has wide discretion in determining punishment, varying from monetary sanctions to imprisonment. A preference-based interpretation is particularly relevant to this aspect of adjudication. Indeed, the law prescribes:

If there are more than two opinions when a penalty or other sanctions are to be determined and none of them commands a majority, the votes that are most unfavorable to the person charged shall be combined with those that are nearest in line to them until a majority is reached (CPA Sec. 36).

It is presupposed that the alternatives can be ordered along one dimension, from harsher to lesser penalties. Under this ordering, an assumption of so-called single-peaked preferences is plausible.⁷² In this case, the CPA defines a non-manipulable (“strategy-proof”) mechanism to implement the unique Condorcet winner (the level of punishment that defeats all other alternatives in majority comparisons).⁷³ Remarkably, Heckscher considers similar aspects of the mechanism.⁷⁴

⁷⁰ I owe the Holmes quote to Robert C. Post.

⁷¹ According to CPA all decisions, except the issue of guilt, “shall be made by an ordinary majority” (Sec. 35(1)). According to Sec. 376e “[...] three members of the jury chosen by lot shall together with the foreman join the court in deciding the question of imposing a penalty or other sanction [...]. The drawing of lots shall be done in such a way that, including the foreman, there shall be an equal number of men and women among the jurors who join the court.”

⁷² Single peaked preferences means that each judge prefers one reaction (the peak) to all others. As alternatives further away from the peak are considered, less preferred reactions are reached. Precise definitions when the set of reactions are real numbers or elements in a more general (ordered) space are given by Moulin [1988] and Hylland [1976], respectively.

Hylland suggests the more informative terminology uni-dimensional *situation*, since the property is relative to the particular ordering (permutation) of the alternatives (n. 8).

⁷³ With single-peaked preferences and an odd number of judges, there is a unique Condorcet winner identical to the median peak defined by CPA Sec. 36 (Moulin [1988], Lemma 10.4; the proofs for the set of real numbers are valid also for general ordered sets). Strategy-proofness – and even coalitional strategy-proofness (Moulin [1988], Lemma 10.3) – means that no judge (coalition of judges) has an incentive to misrepresent preferences.

⁷⁴ Mechanisms equivalent to CPA Sec. 36 are called the “classical method” in Heckscher [1892], p. 153–163. It is compared to “Julian’s method” (collective choice of the outcome most favorable to the defendant) and “the method of averages” (the mean of fines or prison time). In reference to Bar [1868], he points out that the method of averages is not (in modern parlance) strategy proof. A judge may “use the trick of voting for a maximum, respectively minimum, which is located far from the number he considers correct, and in this manner induce a result (‘Facit’) closer to the preferred number. Such an advance would give a false result even on the method’s own basis” (p. 161; my translation). Tellingly, Casper & Zeisel [1972] quote a West-German judge: “It happens occasionally that the judge, be-

In reference to the idealized expectations in Section 1, it seems relevant also to anticipate a requirement of “complete and logical” reasons with respect to penal reactions.⁷⁵ However, the set of legal consequences in general is no longer binary and may even be considered continuous. A similar observation might apply to conditioning variables: A subset of the issues does not concern the dichotomous question of whether certain criteria a and b in a legal norm are satisfied or not, but such matters as the number of previous occurrences of a crime and other variables describing the defendant and the crime. Hence, if the existence of a legal norm is postulated, it may have the structure of a (possibly stochastic) function

$$r = f(p_1, p_2, \dots, p_k), \quad (1.25)$$

with r denoting the penal reaction and p_1, p_2, \dots, p_k denoting a set of premise variables. The collective makes decisions under the norm (1.25), while individually assessing values of the premise variables and the reaction, respecting the relation. This is the setting of Claussen & Røisland [2010a], who identify and discuss what they call a *quantitative* discursive dilemma. It means that reason-giving under OBV may easily break down (and a move to a premise-based approach systematically influences outcomes).⁷⁶

This generalization of the doctrinal paradox is of considerable interest to the law. Among other things, it raises questions regarding accountability.⁷⁷ In this regard, note that in the “classic” ex-

cause he senses political disagreement on the part of lay judges, will propose a high sentence in order to arrive, after the bargaining has ended, at the sentence he would have imposed if he had sat alone, without the lay judges” (p. 189).

Regarding situations where preferences may not be organized along one dimension, the potential trappings of inconsistencies may of course not be avoided, even though CPA Sec. 37 declares “Any disagreement as to how the questions shall be put or as to the result of the voting shall be decided by a separate vote.”

⁷⁵ The decision on reaction must contain reasons according to the same rules that regulate mixed court decisions on the issue of guilt (CPA Sec. 39–41). In fact, decisions on reactions are more heavily scrutinized by the Supreme Court than jury-decisions regarding the issue of guilt.

Trechsel [2005] quoted in Section 1 claims that the obligation to give reasons applies to “Any judicial decision, in fact” (p. 103).

⁷⁶ As an example Claussen and Røisland consider a corporate board considering investments based on the net present value criterion ($r = NPV$), defined as the discounted cash-flow ($p_1 = DCF$) minus investment cost ($p_2 = IC$).

They show that under a distribution of board member estimates over IC and NCF , using the median as aggregator, $NPV = IC - NCF$ is negative (no investment!). However, the median of the board members view on the conclusion gives a positive NPV (invest!).

⁷⁷ Claussen & Røisland devote a separate paper to monetary policy committees (Claussen & Røisland 2010b). Monetary policy committees make binding decisions on interest rates under some theory of the workings of an economy

ample in Section 2.1, *all* judges (decision-makers) individually conclude not-c (the defendant is not guilty), while under PBV the outcome is reversed (“It is the Law that doeth it”). As mentioned in Section 7, PBV lacks certain symmetry properties even under a majority voting rule.

Kornhauser and Sager mention appearance as a “free-floating” purpose that can be imputed to all their conceptions of legal group decision-making.⁷⁸ Elster points out that “perceptions of procedural justice are local, context-specific, and bound up with accidents of history and politics”⁷⁹ and concludes that “appearance of justice should not be the main determinant of institutional practice”⁸⁰ The doctrinal paradox gives grounds to choose procedural mechanisms that are focused directly on outcomes.

and face the challenging problem of communicating with market participants (Blinder 2007). There are interesting analogies to the problems facing reason giving courts.

Claussen & Røisland [2012b] interestingly allow different decision makers to have *different theories* and let them vote over parameters describing different functional forms f . In legal contexts, the approach would stretch the conception of judges *applying* the law and would meet many of the difficulties discussed by Kornhauser & Sager [2004].

⁷⁸ Kornhauser & Sager [1986] p. 116.

⁷⁹ Elster [1989] p. 121 (in reference to Kahneman, Knetsch & Thaler [1986]).

⁸⁰ Elster [1989] p. 115.

Appendix

A.1 The probability of doctrinal paradoxes in $M\left[\frac{v}{n}\right]$

Let n be the number of judges in a panel and v the number of votes required for conviction under OBV or a conclusion under PBV. Following List [2005], let n_{11} , n_{10} , n_{01} , and n_{00} denote the number of judges that find and vote (1,1), (1,0), (0,1), and (0,0), respectively. Define the set of possible configurations of judges' votes $N = \{(n_{11}, n_{10}, n_{01}, n_{00}) \in R_+^4 \mid n_{11} + n_{10} + n_{01} + n_{00} = n\}$ and the subset $N^\rho(v, n) = \{(n_{11}, n_{10}, n_{01}, n_{00}) \in N \mid n_{11} < v \text{ and } n_{11} + n_{10} \geq v \text{ and } n_{11} + n_{01} \geq v\}$. N^ρ describes the configurations of judges' votes in which a doctrinal paradox occurs in $M\left[\frac{v}{n}\right]$ under a two-dimensional conjunctive norm.⁸¹

The probability of a point in N is given by (from the *ex ante* perspective N_{11} , N_{10} , N_{01} , and N_{00} are random variables)⁸²

$$\begin{aligned} & P(N_{11} = n_{11} \wedge N_{10} = n_{10} \wedge N_{01} = n_{01} \wedge N_{00} = n_{00} \mid (x = F_a(lf_a), y = F_b(lf_b))) \\ &= \frac{n!}{n_{11}! n_{10}! n_{01}! n_{00}!} (xy)^{n_{11}} (x(1-y))^{n_{10}} ((1-x)y)^{n_{01}} ((1-x)(1-y))^{n_{00}} \end{aligned} \quad (1.26)$$

Hence, the probability of a doctrinal paradox in $M\left[\frac{v}{n}\right]$ is given by:

$$\begin{aligned} & \rho_{M\left[\frac{v}{n}\right]}(x, y) \\ &= \sum_{(n_{11}, n_{10}, n_{01}, n_{00}) \in N^\rho(v, n)} \frac{n!}{n_{11}! n_{10}! n_{01}! n_{00}!} (xy)^{n_{11}} (x(1-y))^{n_{10}} ((1-x)y)^{n_{01}} ((1-x)(1-y))^{n_{00}} \quad (1.27) \\ &= \sum_{(n_{11}, n_{10}, n_{01}, n_{00}) \in N^\rho(v, n)} \frac{n!}{n_{11}! n_{10}! n_{01}! n_{00}!} x^{n_{11} + n_{10}} (1-x)^{n_{01} + n_{00}} y^{n_{11} + n_{01}} (1-y)^{n_{10} + n_{00}} \end{aligned}$$

⁸¹ List [2005], Proposition 1 (adjusted for supermajority).

⁸² List [2005], Proposition 2 (adjusted for restrictions imposed by the substantive legal norm).

To find $\rho_{M[\frac{5}{3}]}(x, y)$, the requirements of $N^\rho(2, 3)$ imply $n_{11} < 2$ and $n_{11} + n_{10} \geq 2$ and $n_{11} + n_{01} \geq 2$. Assume $n_{11} = 0$. Then $n_{10} \geq 2$ and $n_{01} \geq 2$. But this is not possible in N . Hence, $n_{11} = 1$. Then $n_{10} \geq 1$ and $n_{01} \geq 1$, which by the requirements of N imply $N^\rho(2, 3) = \{(1, 1, 1, 0)\}$. Substituted in Equation (1.27) this confirms Equation (1.11).

To find $\rho_{M[\frac{5}{4}]}(x, y)$, the requirements of $N^\rho(5, 7)$ imply that $n_{11} = k \in \{0, 1, 2, 3, 4\}$ (not- c under OBV), and that $n_{10} \geq 5 - k$ (finding of a under PBV) and $n_{01} \geq 5 - k$ (finding of b under PBV). Since $k + (5 - k) + (5 - k) \leq 7$ by the requirement of membership in N , $k \geq 3$.

Assume $k = 3$. This gives the candidate $(3, 2, 2, 0)$. Assume $k = 4$. This gives the candidates $(4, 1, 1, 1)$, $(4, 2, 1, 0)$, $(4, 1, 2, 0)$. Hence, $N^\rho(5, 7) = \{(3, 2, 2, 0), (4, 1, 1, 1), (4, 2, 1, 0), (4, 1, 2, 0)\}$. In (1.27) this gives (after rearrangement of terms)

$$\rho_{M[\frac{5}{4}]}(x, y) = 105x^5(1-x)y^5(1-y)\{2xy - 3x - 3y + 4\} \quad (1.28)$$

A.2 Maximal probability of a doctrinal paradox in $M[\frac{5}{7}]$

Formally, existence of $(\tilde{x}, \tilde{y}) = \arg \max_{x, y} \rho_{M[\frac{5}{7}]}(x, y)$ over $\bar{S} = [0, 1] \times [0, 1]$ follows from ρ being a C^1 function (Weierstrass extreme value theorem).⁸³ Clearly, $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$ does not obtain its maximum value on the boundary of \bar{S} ($\rho_{M[\frac{5}{7}]} \equiv 0$). A *necessary condition* for an interior optimum in S is that the point is a critical point for $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$.⁸⁴ If uniqueness can be established, the maximum is necessarily found.

Regarding $\rho_{M[\frac{5}{7}]}$, $2xy - 3x - 3y + 4 \equiv \alpha > 0$ on S . Hence, the optimization problem may be simplified to finding stationary points of

⁸³ Sydsæter [1981], Theorem 5.1.

⁸⁴ Sydsæter [1981], Theorem 5.7.

$$\ln \rho = \ln 105 + 5 \ln x + \ln 1 - x + 5 \ln y + \ln 1 - y + \ln(2xy - 3x - 3y + 4) \quad (1.29)$$

First-order conditions:

$$\begin{cases} H^1(x, y) = \frac{5}{x} - \frac{1}{1-x} + \frac{2y-3}{\alpha} = 0 \\ H^2(x, y) = \frac{5}{y} - \frac{1}{1-y} + \frac{2x-3}{\alpha} = 0 \end{cases} \quad (1.30)$$

Temporarily assuming a symmetric solution $x = y$, $\alpha = 2(1-x)(2-x)$ and (1.30) is equivalent to

$$14x^2 - 37x + 20 = 0, \quad (1.31)$$

with only one root $r_1 = \frac{37 - \sqrt{249}}{28} = 0.758$ in $(0, 1)$.

To demonstrate that the symmetric solution $(x^*, y^*) = (r_1, r_1)$ is the only possible solution and hence ensure that the optimum is found, note that the Jacobean matrix of equation system (1.30) is

$$J(x, y) = \begin{bmatrix} \frac{\partial H^1}{\partial x} & \frac{\partial H^1}{\partial y} \\ \frac{\partial H^2}{\partial x} & \frac{\partial H^2}{\partial y} \end{bmatrix} = \begin{bmatrix} -\frac{5}{x^2} - \frac{1}{(1-x)^2} - \frac{(2y-3)^2}{\alpha^2} & \frac{1}{\alpha^2} \\ \frac{1}{\alpha^2} & -\frac{5}{y^2} - \frac{1}{(1-y)^2} - \frac{(2x-3)^2}{\alpha^2} \end{bmatrix}. \quad (1.32)$$

The Jacobean matrix' *leading principal minors* are $\frac{\partial H^1}{\partial x} \det J(x, y) = \frac{\partial H^1}{\partial x} \frac{\partial H^2}{\partial y} - \frac{\partial H^2}{\partial x} \frac{\partial H^1}{\partial y}$.

Clearly $\frac{\partial H^1}{\partial x} < 0$ on S .

$$\det J(x, y) = \left(\frac{5}{x^2} + \frac{1}{(1-x)^2} + \frac{(2y-3)^2}{\alpha^2} \right) \left(\frac{5}{y^2} + \frac{1}{(1-y)^2} + \frac{(2x-3)^2}{\alpha^2} \right) - \frac{1}{\alpha^2} \quad (1.33)$$

The determinant may be written $(a + b\alpha^{-2})(c + d\alpha^{-2}) - \alpha^{-2}$. Since $0 < x < 1$ and $0 < y < 1$, $a > 6$, $b > 1$, $c > 6$ and $d > 1$, $\det J(x, y) > 0$ on S . Therefore $J(x, y)$ has negative leading principal minors on S . It follows that $J(x, y)$ is negative definite (and hence quasi- or semi-definite) on S .⁸⁵ Since S is convex, by a theorem on *global univalence* (Gale-Nikaido-Inada), (x^*, y^*) is the unique solution to the equations in (1.30).⁸⁶

A.3 Calculations

Table A1. Probability of conviction in $M\left[\frac{5}{7}\right]$ under OBV

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
0.2	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.002	0.003	0.005
0.3	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.003	0.006	0.011	0.018	0.029
0.4	0.000	0.000	0.000	0.002	0.005	0.011	0.021	0.038	0.063	0.096
0.5	0.000	0.000	0.001	0.005	0.013	0.029	0.056	0.096	0.153	0.227
0.6	0.000	0.000	0.003	0.011	0.029	0.063	0.117	0.195	0.297	0.420
0.7	0.000	0.001	0.006	0.021	0.056	0.117	0.211	0.336	0.487	0.647
0.8	0.000	0.002	0.011	0.038	0.096	0.195	0.336	0.509	0.692	0.852
0.9	0.000	0.003	0.018	0.063	0.153	0.297	0.487	0.692	0.869	0.974
1	0.000	0.005	0.029	0.096	0.227	0.420	0.647	0.852	0.974	1.000

Table A2. Probability of conviction in $J\left[\frac{7}{10}\right]$

	0.1	0.2	0.3	0.4	0.5	0.6	0.7	0.8	0.9	1
0.1	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
0.2	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001
0.3	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.003	0.006	0.011
0.4	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.003	0.007	0.016	0.031	0.055
0.5	0.000	0.000	0.000	0.001	0.004	0.011	0.026	0.055	0.102	0.172
0.6	0.000	0.000	0.000	0.003	0.011	0.031	0.071	0.141	0.245	0.382
0.7	0.000	0.000	0.001	0.007	0.026	0.071	0.156	0.288	0.460	0.650
0.8	0.000	0.000	0.003	0.016	0.055	0.141	0.288	0.487	0.702	0.879
0.9	0.000	0.000	0.006	0.031	0.102	0.245	0.460	0.702	0.896	0.987
1	0.000	0.001	0.011	0.055	0.172	0.382	0.650	0.879	0.987	1.000

⁸⁵ Sydsæter [1981], Theorem 5.9 (and definitions p. 235–236).

⁸⁶ Parthasarathy [1983], Ch. 3, Theorem 3.

References

- Apostol, T. M. 1969. *Calculus: Multi-Variable Calculus and Linear Algebra, with Applications to Differential Equations and Probability*. Vol. II, 2nd Ed. New York, NY: Wiley.
- Bartoszynski, R. and M. Niewiadomska-Bugaj. 1996. *Probability and Statistical Inference*. New York, NY: Wiley.
- Bar, V. 1868. Zur Lehre von der Abstimmung in Richtercollegien. *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Münich).
- Blinder, A. 2007. Monetary Policy by Committee: Why and How? *European Journal of Political Economy* 23, 106—123.
- Boland, P. J. 1989. Majority Systems and the Condorcet Jury Theorem. *The Statistician* 38(3), 181—189.
- Brennan, G. 2001. Collective Coherence? *International Review of Law and Economics* 21, 197—211.
- Calfee, J. E. and R. Crasswell. 1984. Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards. *Virginia Law Review* 70(5), 965—1003.
- Camiker, E. H. 1999. Sincere and Strategic Voting Norms on Multimember Courts. *Michigan Law Review* 97(8), 2297—2380.
- Casper, G. and H. Zeisel. 1972. Lay Judges in German Criminal Courts. *Journal of Legal Studies* 1(1), 135—191.
- Chapman, B. 2002. Rational Aggregation. *Politics, Philosophy and Economics* 1(3), 337—354.
- Claussen, C. A. and Ø. Røisland. 2010a. A Quantitative Discursive Dilemma. *Social Choice and Welfare* 35(49—64).
- . 2010b. The Discursive Dilemma in Monetary Policy. Sveriges Riksbank Working Paper Series 240. Stockholm.
- Coons, J. E. 1964. Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason. *Northwestern University Law Review* 58, 750—794.
- Damaška, M. R. 1975. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *Yale Law Journal* 84(3), 480—544.
- . 1986. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, CT: Yale University Press.

- Dietrich, F. and C. List. 2007. Strategy-Proof Judgment Aggregation. *Economics and Philosophy* 23, 269—300.
- Edelman, P. H. 2002. On Legal Interpretations of the Condorcet Jury Theorem. *Journal of Legal Studies* 31, 327—349.
- Elster, J. 1989. *Solmonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Eng, S. 2003. *Analysis of Dis/agreement*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Fey, M. 2003. A Note On the Condorcet Jury Theorem with Supermajority Voting Rules. *Social Choice and Welfare* 20, 27—32.
- Fienberg, S. E. (ed.) 1989. *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*. New York, NY: Springer.
- Fuller, L. L. 1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92(2), 353—409.
- Heckscher, A. 1892. *Bidrag til Grundleggelse af en Afstemningslære*. [Contributions to a theory of voting.] Copenhagen: Universitetsboghandler G. E. C. Gad.
- Hylland, A. 1976. Strategy-Proof Voting Procedures for Single-Peaked Preferences. Mimeo. University of Oslo: Institute of Political Science.
- Ivkovic, I. K. 2007. Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals. *Cornell International Law Journal* 40, 429—453.
- Kahneman, D., J. L. Knetsch and R. Thaler. 1986. Fairness As a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market. *American Economic Review* 76, 728—41.
- Kornhauser, L. A. 1992a. Modeling Collegial Courts I: Path-Dependence. *International Review of Law and Economics* 12(2), 169-185.
- . 1992b. Modeling Collegial Courts II. Legal Doctrine. *Journal of Law, Economics, & Organization* 8(2), 441—470.
- Kornhauser, L. A and Sager, L. G. 1986. Unpacking the Court. *Yale Law Journal* 96(1), 82—117.
- . 1993. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review* 81(1), 1—59.
- . 2004. The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases. *Philosophy & Public Affairs* 32(3), 249—276.

- Langbein, J. H., R. L. Lerner, and B. P. Smith. 2009. *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*. Austin, TX: Wolters Kluwer.
- Larsen, R. J. and M. L. Marx. 1986. *An Introduction to Mathematical Statistics and Its Applications*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- List, C. 2005. The Probability of Inconsistencies in Complex Collective Decisions. *Social Choice and Welfare* 24, 3—32.
- List, C. and P. Pettit. 2002. Aggregating Sets of Judgments. An Impossibility Result. *Economics and Philosophy* 18, 89—110.
- . 2004. Aggregating Sets of Judgments: Two Impossibility Results Compared. *Synthese* 140, 207—235.
- List, C. and B. Polak. 2010. Introduction to Judgment Aggregation. *Journal of Economic Theory* 145, 441—466.
- May, K. O. 1952. A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica* 20(4), 680—684.
- Mongin, P. and F. Dietrich. 2011. From the Doctrinal Paradox to the Discursive Dilemma and Back: An Interpretive Account of Logical Aggregation Theory. Paper Draft, February 2011: London School of Economics.
- Moulin, H. 1988. *Axioms of Cooperative Decision Making*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Nitzan, S. and J. Paroush. 1985. *Collective Decision Making*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Nordén, G. 2010. Legal Uncertainty and Collective Decision Mechanisms: An Analysis of the Norwegian Supreme Court. In *Law and Economics*, eds. E. Røsæg, E. Stavang and H. B. Schäfer. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.
- . 2012. Double Jeopardy Protection and the European Convention on Human Rights: A Functional Analysis with Application to Jury Acquittals (in progress).
- Novak, S. 2010. Decision Rules, Social Norms and the Expression of Disagreement: The Case of Qualified-Majority Voting in the Council of the European Union. *Social Science Information* 49(1), 81—95.
- Parthasarathy, T. 1983. *On Global Univalence Theorems*. Berlin: Springer.

- Post, R. C. 2009. Constitutional Scholarship in the United States. *International Journal of Constitutional Law* 7(3), 416—423.
- Rasch, B. E. 1995. Parliamentary Voting Procedures. In *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, ed. H. Döring. Frankfurt: Campus Verlag.
- Shapiro, I. 1994. *The Rule of Law*. New York, NY: New York University Press.
- Shavell, S. 1987. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sydsæter, K. 1981. *Topics in Mathematical Analysis for Economists*. London, UK: Academic Press.
- Taroni, F., C. Aitken, P. Garbolino and A. Biedermann. 2006. *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*. Chichester, UK: Wiley.
- Trechsel, S. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Urfalino, P. 2006. Apparent Consensus and Voting: Two Models of Collective Decision-Making. (Paper presented at Olivetti Foundation Workshop, Rome.)
- . 2010. Deciding as Bringing Deliberation to a Close. *Social Science Information* 49(1), 111—140.
- Waldron, J. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review* 82(3), 509—540.
- Whitman, J. Q. 2008. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Zeuthen, L. 1897. Overretssagfører Dr. phil. Albert Heckscher. *Illustreret Tidende* (Copenhagen) 38(18), 284—285.

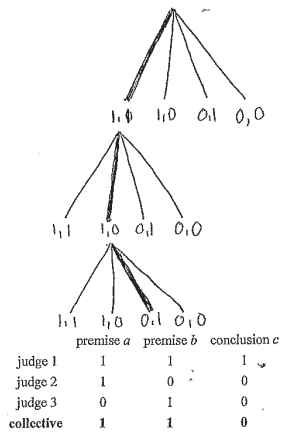


Figure 2.1 A sequence of votes leading to a doctrinal paradox.

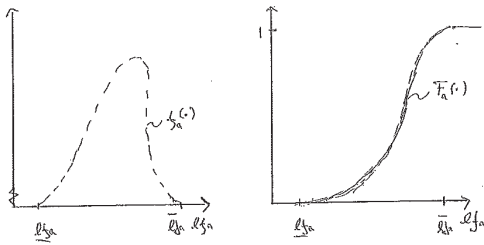


Figure 3.1

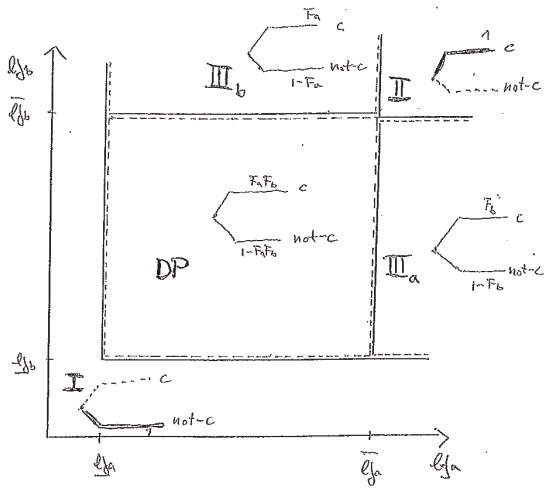


Figure 3.2

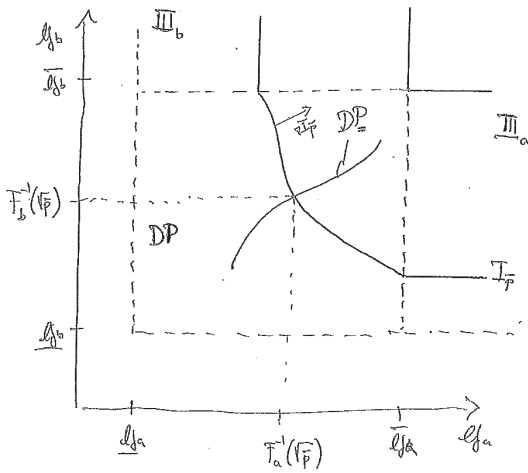


Figure 3.3

$F_1 F_2$	1, 1
$F_1(1-F_2)$	1, 0
$(1-F_1)F_2$	0, 1
$(1-F_1)(1-F_2)$	0, 0

Figure 4.1

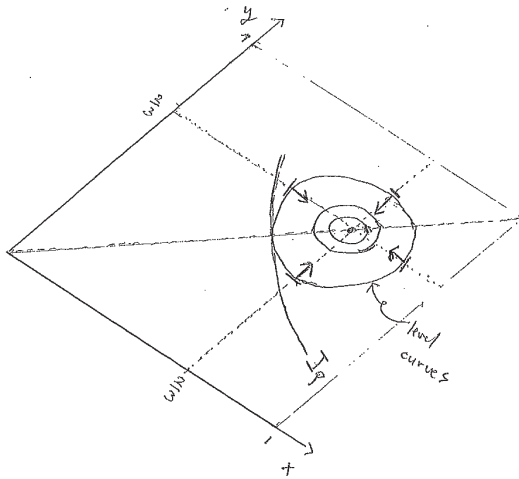


Figure 4.2

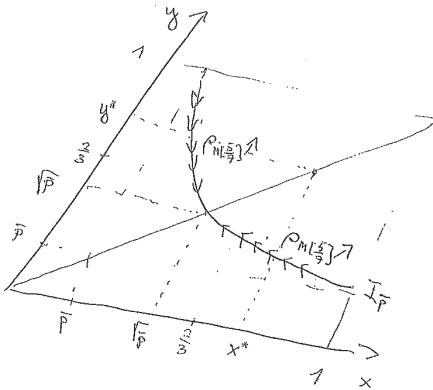


Figure 4.3