



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Kan anke over domfellelser bygget på troverdighetsvurderinger nektes fremmet av lagmannsretten innenfor rammene av EMK artikkel 6 nr. 1?**

Johan Vangberg Jensen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 mai 2022

# Innhold

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og bakgrunn for valg av tema .....	1
1.2	Metode og kilder.....	4
1.3	Videre fremstilling.....	7
2	Nærmere redegjørelse for vilkårene som må ligge til grunn for ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd .....	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Historikk og aktualitet .....	8
2.3	Vilkår for ankenektelse etter gjeldende rett.....	9
2.4	Grunnlaget for ankesiling .....	12
2.5	Kritikk.....	13
2.6	Opptakt til strengere praktisering av siling av bevisanker, og veien videre .....	14
2.7	Nærmere redegjørelse for saksforholdet i HR-2021-2058-A, og dets betydning for opphevelsen av lagmannsrettens beslutning om ankenektelse.....	15
3	Analyse av de krav EMD stiller til praktisering av EMK artikkel 6 nr. 1 på ankestadiet	19
3.1	Innledning.....	19
3.2	Hva er grunnlaget for å anvende EMK artikkel 6 nr. 1 på ankesaker?.....	20
3.3	Grunnleggende om de hensyn som begrunner muntlig behandling etter EMK artikkel 6 nr. 1 21	
3.4	Muntlig behandling av ankesaken etter EMK artikkel 6 nr. 1, beror på den konkrete saks særtrekk .....	22
3.5	I hvilken grad skal EMDs gjentatte uttalelser om begrepet «leave-to-appeal» tillegges vekt ved avgjørelsen av om ankesaken skal behandles muntlig? .....	23
3.6	Avgjørende momenter i vurderingen av om muntlig behandling på ankestadiet skal innvilges .....	27
3.6.1	Ankedomstolens rolle.....	27

3.6.2	Tiltalte må nekte straffskyld fullt ut, og domstolen skal i det konkrete tilfelle foreta ny og fullstendig vurdering av skyldspørsmålet .....	28
3.6.3	Hvordan har tiltaltes interesser blitt fremmet og beskyttet?.....	30
3.7	Ytterligere momenter i vurderingen av om muntlig ankebehandling er påkrevd.....	31
3.7.1	Mulig stigma knyttet til domfellelse taler for muntlig ankebehandling .....	31
3.7.2	Hensynet til domstolenes saksmengde og retten til å få saken avgjort innen rimelig tid inngår i vurderingen av muntlighet på ankestadiet.....	32
3.8	Sammenfatning av de momenter som inngår i EMDs vurdering av om anke skal behandles muntlig .....	33
4	Er uttalelsene Høyesterett kommer med i HR-2021-2058-A i tråd med EMK artikkel 6 nr. 1 og tilhørende praksis fra EMD? .....	35
4.1	Harmonerer Høyesteretts uttalelser med EMK artikkel 6 nr.1 og tilhørende praksis?	35
4.2	Hvorfor vurderer Høyesterett om ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd tilsvarer det EMD benevner «leave-to-appeal»? .....	39
4.3	Høyesteretts uttalelser i HR-2021-2058-A vurdert opp mot praksis fra EMD.....	41
5	Oppsummering .....	42
	Referanseliste .....	43

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og bakgrunn for valg av tema

Denne avhandlingen tar for seg spørsmålet om hvorvidt lagmannsretten kan nekte å fremme anke over domfellelser bygget på troverdighetsvurderinger i henhold til straffeprosessloven § 321 annet ledd, uten at det strider mot kravet til en «fair and public hearing» i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 nr. 1.

Etter straffeprosessloven § 321 annet ledd kan lagmannsretten nekte en anke fremmet når den «finner det klart at anken ikke vil føre frem». Blant annet gjennom denne bestemmelsen åpner straffeprosessloven for begrensninger i hovedregelen om at straffesaker – hvis det kreves – underlegges full domstolsprøving i to rettsinstanser, med de krav til muntlig ankeforhandling som hovedregelen innebærer. Selv om EMK artikkel 6 nr. 1 stiller krav til «fair and public hearing», kan ikke krav til toinstansbehandling utledes av bestemmelsen. Det er likevel sikker EMK-rett at dersom nasjonalt straffesystem anerkjenner toinstansbehandling av straffesaker, må kravene som utledes av EMK artikkel 6 nr. 1 følges også ved behandling for ankeinstansen.

Dersom EMK artikkel 6 nr. 1 tas på ordet, må også ankeinstansens behandling av saken oppfylle de krav som stilles til offentlig og muntlig saksbehandling. Likevel har det i lengre tid vært sikker rett at EMD gjennom sin praksis har godtatt visse begrensninger i ankeinstansens prøving av saken. Behovet for en viss form for skriftlig siling av anker anerkjennes. På samme måte har også norsk rett forholdt seg til temaet. Dette kan ses som en direkte følge av straffeprosessloven § 4 første ledd («Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat») og menneskerettsloven § 2 nr. 1, som fastslår at EMK gjelder som norsk lov.

I hvilken utstrekning begrensninger, i form av skriftlig siling, kan tillates innenfor rammene av EMK artikkel 6 nr. 1 kan neppe angis nøyaktig. Dette er et krevende spørsmål som omfatter en rekke ulike typetilfeller. Et slikt vanskelig avgrensningsspørsmål er tema for denne avhandlingen. Nærmere bestemt vil jeg ta utgangspunkt i de tilfeller der lagmannsretten har kompetanse til å nekte å ta anke over domfellelse inn til full behandling der domfellelse i

tingretten i det vesentlige bygger på tiltaltes eller andre personers troverdighet. Kan lagmannsretten i disse tilfellene nekte anken fremmet – på bakgrunn av skriftlig behandling – uten at det strider mot kravet til offentlig og muntlig høring slik det følger av EMK artikkel 6 nr. 1?

I avhandlingen vil jeg vise at spørsmålet i stor grad må besvares benektende. Lagmannsretten må – selvsagt – holde seg innenfor de rammer EMK artikkel 6 nr. 1, slik EMD tolker den, gir anvisning om. Nektelse av å fremme anker til muntlig ankebehandling i utstrakt grad, vil raskt bli problematisk i lys av den rett til muntlig behandling på ankestadiet EMK artikkel 6 nr. 1 med tilhørende rettspraksis i gir uttrykk for. Hvorfor jeg mener at det er grunnlag for denne konklusjonen, vil jeg komme tilbake til. Jeg kan likevel kort bemerke at mine hovedfunn går ut på at i de tilfeller ankedomstolen skal vurdere sakens faktiske og rettslige side, og førsteinstansens dom bygger på troverdighetsvurderinger, må siktede ifølge EMDs praksis som en klar hovedregel gis rett til muntlig behandling på ankestadiet. Vurderingen som ifølge EMDs praksis må gjøres om dette spørsmålet i det konkrete tilfellet, inneholder flere momenter. Det vil i avhandlingen bli redegjort detaljert for disse momentene. Denne redegjørelsen vil utgjøre den ene hovedanalysen i oppgaven, og er tema for kapittel 3.

Mitt valg av problemstilling er foranlediget av to aktuelle omstendigheter som henger nøye sammen. Den ene er lovendringen som fant sted i 2019. Denne endringen medførte at alle sakstyper, uavhengig av strafferamme, kan siles etter straffeprosessloven § 321 annet ledd.<sup>1</sup> Saker med strafferamme på inntil seks år ble før endringen automatisk fremmet til ankebehandling. Dette skjedde uten forhåndsvurdering (siling) av ankens utsikter til å vinne frem. Denne relativt store endringen av rettstilstanden setter grunnleggende rettssikkerhetsspørsmål på spissen, og beredte grunnen for den andre omstendigheten som umiddelbart gav foranledning til mitt valg av problemstilling — nemlig Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-2058-A. Her kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser om den nærmere anvendelsen av straffeprosessloven § 321 annet ledd på anke over domfellelser

---

<sup>1</sup> Prop.53 L (2018–2019) Endringer i straffeprosessloven mv. (ankesiling m.m.) s. 31. Loven trådte i kraft 1. januar, og medførte at tidligere tredje ledd ble opphevet. Etter bestemmelsen skulle saker som kunne medføre fengsel i mer enn 6 år automatisk fremmes til ankebehandling.

bygget på troverdighetsvurderinger. Saken som lå til grunn for avgjørelsen handler om voldtekt. Siktete ble domfelt i tingretten, og domfellelsen bygget på troverdighetsvurderinger. Høyesterett opphevet lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fra siktete fremmet.

Høyesterett vurderte i avgjørelsen blant annet forholdet mellom EMK og straffeprosessloven § 321 annet ledd, med sikte på å avgjøre om EMK artikkel 6 nr. 1 og tilhørende praksis tilsier at siktete må få avgi muntlig forklaring for lagmannsretten. Bakgrunnen for vurderingen var at forsvareren og partshjelper Advokatforeningen gjorde gjeldende at ankenektelse som medfører at siktete ikke får forklare seg muntlig for lagmannsretten, etter EMK artikkel 6 nr. 1 krever at det foreligger en «helt særlig situasjon».<sup>2</sup> Høyesterett var ikke enig i denne anførselen. Dette ble begrunnet med at EMD-avgjørelsen forsvareren blant annet påberopte til støtte for sitt syn, ikke hadde overføringsverdi til ordningen etter straffeprosessloven § 321 annet ledd.<sup>3</sup>

Enkelte aspekter ved Høyesteretts behandling av EMK artikkel 6 nr. 1, og dens forhold til straffeprosessloven § 321 annet ledd har vekket nysgjerrighet hos meg. Dette forklarer jeg nærmere under. Min oppfatning er at gode grunner taler for å rette et kritisk blikk mot noen av uttalelsene Høyesterett kommer med i avgjørelsen. Min oppfatning er at den tilnærming Høyesterett tar til forholdet mellom EMK og intern rett, gjerne kunne vært forankret bredere. Videre mener jeg at spørsmålet med fordel kunne blitt vurdert fra flere synsvinkler. Kort sagt er det grunn til å vurdere om Høyesteretts tilnærming er i samsvar med de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1, slik den er fortolket i EMDs praksis. Denne vurderingen er tema for kapittel 4 nedenfor.

Ut fra begrepets sentrale plass i avhandlingens problemstilling, anser jeg det nødvendig med en kort merknad om hva jeg legger i begrepet troverdighetsvurderinger. Forklaringer som avgis i retten, enten det er fra tiltalte, fornærmede eller vitner for øvrig, må vurderes. En del av prinsippet om bevisfrihet er at retten står fritt ved vurderingen av de bevis som fremlegges

---

<sup>2</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 54-55.

<sup>3</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 55

i retten.<sup>4</sup> Dette gjelder naturligvis også der bevisene består av forklaringer. Dersom forklaringer skal tillegges vekt, med sikte på å belyse saken tilfredsstillende, må man så godt det lar seg gjøre forsikre seg om at det som forklares er sant. Det må tas utgangspunkt i selve forklaringen, med sikte på å verifisere de opplysninger som fremkommer.<sup>5</sup> Eksempelvis kan man lete etter objektive holdepunkter som støtter opp om det som forklares. For å vurdere hvor sann en forklaring er, må man videre ta utgangspunkt i subjektive egenskaper hos personen som avgir forklaringen.<sup>6</sup> En del av denne vurderingen vil være å vurdere personlighet og karaktertrekk. Videre vil det være vesentlig å identifisere eventuelle årsaker til at vedkommende skulle ha motiv for å forklare seg usant. Med begrepet troverdighetsvurderinger, menes i denne avhandlingen, graden av tiltro det er grunn til å tillegge forklaringen og vedkommende som avgir forklaringen. Dette er utgangspunktet mitt når avhandlingens problemstilling skal besvares.

For at det skal være klart hva som behandles i avhandlingen, er det etter mitt skjønn nødvendig å foreta noen presiseringer. Det er utelukkende det materielle vilkåret *klart* i straffeprosessloven § 321 annet ledd som er gjenstand for behandling. I den delen som analyserer og behandler EMK artikkel 6 nr. 1, vil det kun tas utgangspunkt i bestemmelsens krav til muntlighet på ankestadiet. Videre tar avhandlingen utelukkende utgangspunkt i fullstendige skyldanker. Med fullstendige skyldanker mener jeg anker der siktede nekter straffskyld fullt ut, fordi han hevder å ikke ha begått de lovbrudd tingretten forutsetter.

## 1.2 Metode og kilder

Når det gjelder avhandlingens metode og de kilder som benyttes er det nødvendig med noen merknader. Fremgangsmåten for å besvare oppgavens problemstilling tar utgangspunkt i rettsdogmatisk metode, altså tas det sikte på å fremstille gjeldene rett gjennom argumentasjon og kilder som anses som relevante for formålet.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Øyen (2016) s. 451

<sup>5</sup> Øyen (2016) s. 452

<sup>6</sup> Øyen (2016) s. 454

<sup>7</sup> Bernt og Doublet (1998) s. 13

Rettsdogmatisk metode kommer til uttrykk på to ulike måter i oppgaven. Metoden kommer først til uttrykk i kapittel 2, som en innledende opptakt til oppgavens sentrale analysedel. Når forholdet mellom intern norsk rett og EMK skal vurderes, må man vite hva den norske rettsregelen går ut på og systemet den bygger på. Derfor redegjør jeg først for hvordan straffeprosessloven § 321 skal anvendes på bevisanker. Dette gjøres i kapittel 2, og denne delen har et mer informativt enn analytisk preg, og gir en informativ redegjørelse for den nærmere anvendelse av straffeprosessloven § 321 annet ledd. Redegjørelsen foretas hovedsakelig med utgangspunkt i kjennelsen HR-2021-2058-A, som ble avsagt 21. oktober 2021. Her kommer Høyesterett med prinsipielle uttalelser om den nærmere anvendelse straffeprosessloven § 321 annet ledd får på anke over domfellelser bygget på troverdighetsvurderinger. I lys av Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol, må forståelsen av straffeprosessloven § 321 annet ledd, for mitt tema, skje etter de rammer HR-2021-2058-A oppstiller. Redegjørelsen for hvordan straffeprosessloven § 321 annet ledd er å forstå, reiser ingen særskilte metodiske spørsmål. Det vurderes derfor ikke som nødvendig å kommentere innholdet i metoden nærmere for denne delen av oppgaven.

Den rettsdogmatiske metoden kommer også til uttrykk i kapittel 3, hvor jeg skal foreta en undersøkelse av hvilke krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til ankeinstansens behandling av troverdighetsvurderinger. Funnene jeg gjør i kapittel 3 vil få betydning for sammenligningen med Høyesteretts tilnærming i kapittel 4, slik at også kapittel 4 må sies å ha et rettsdogmatisk preg.

Utfra ordlyden til EMK artikkel 6 nr. 1, er det ikke åpenbart hvorvidt den fullt ut får anvendelse på ankesaker. Den må derfor tolkes. EMK tolkes i utgangspunktet i lys av de prinsipper for traktattolking som fremgår av Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31, 32 og 33. Dette har EMD lagt til grunn i sin praksis, jf. avgjørelsen *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn*, og Høyesterett har for sin del uttalt at EMK som norsk lov skal tolkes på samme måte som EMD tolker den, jf. Rt. 2005 s. 833.<sup>8</sup> Tolkingen skal derfor, i henhold til artikkel 31 nr. 1, skje utfra ordlydens alminnelige betydning. Det skal ved

---

<sup>8</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45



tolkningen også sees hen til kontekst og traktatens formål.<sup>9</sup> EMD har uttalt at også kontekst og formål med konvensjonsbestemmelser er viktige tolkningsfaktorer, når enkeltbestemmelers innhold skal fastlegges.<sup>10</sup> Formålsbetraktninger vil i noen grad bli brukt i min analyse.

Det er imidlertid ikke til å komme bort fra at den sentrale kilden til tolkingen av EMK artikkel 6 nr. 1 for min oppgaves del, er avgjørelser fra EMD selv. Wien-konvensjonen er taus angående spørsmålet om hvilken vekt internasjonale rettsavgjørelser har.<sup>11</sup> Den folkerettslige metodelæren bekrefter imidlertid at domstolpraksis er relevant, jf. ICJ-statuttene artikkel 38 nr. 1 bokstav d), og EMD gjør selv uttrykk for at praksis er en vesentlig kilde til fastleggelsen av innholdet i konvensjonen.<sup>12</sup> I den forbindelse oppstår spørsmålet om hvordan en skal gå frem for å forstå innholdet i EMDs avgjørelser. Dette er et større metodisk spørsmål som ikke forfølges i denne oppgaven. Ved tolkningen av rettsavgjørelsene som for denne oppgavens tema er relevante, tas i alle tilfeller utgangspunkt i den alminnelige betydningen av ord og uttrykk i EMDs avgjørelser, og utsagnene må derfor forstås i lys av de konkrete forholdene i sakene som avgjørelsene springer ut fra. For å besvare oppgavens problemstilling, tas det derfor utgangspunkt i EMD-praksis som klargjør i hvilken utstrekning EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på bevisanker.

Når det gjelder hvilke avgjørelser jeg har sett hen til nevnes det at jeg har tatt utgangspunkt i EMDs egen database HUDOC. Jeg har gått gjennom EMDs praksis fra domstolens begynnelse til april 2022. Denne gjennomgangen ble foretatt ved søk på avgjørelser avsagt om EMK artikkel 6 nr. 1. Søket ble ytterligere avgrenset ved å spisse det til treff på søkeordet «oral hearing». Samtlige avgjørelser som kom opp som treff på dette søket er gjennomgått. Som jeg vil komme tilbake til, er praksisen angående muntlig behandling for ankedomstolen i all vesentlighet entydig, slik at det store antallet saker ikke har bydd på så stort

---

<sup>9</sup> Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 1: A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

<sup>10</sup> *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* avsnitt 120

<sup>11</sup> <https://juridika.no/tidsskrifter/jussens-venner/2021/6/artikkel/elgesem> (sist sett 20.04.2022)

<sup>12</sup> *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* avsnitt 127

utvelgelsesarbeid som en ellers skulle tro. Jeg vurderer det slik at de avgjørelser jeg viser til nedenfor, utgjør et representativt materiale for min analyse.

EMK er autonom i den forstand at konvensjonsstatenes rubrisering av internrettslige ordninger, ikke innvirker på om EMK er overholdt.<sup>13</sup> Den største metodiske utfordringen som reises i denne oppgaven er å overføre- og anvende innholdet i EMK artikkel 6 nr. 1 på straffeprosessloven § 321 annet ledd. Dette gjøres ved å ta utgangspunkt i uttalelser fra EMD som først tolkes, for så å bli anvendt på norsk intern rett. På bakgrunn av at EMD og norsk rett ofte rubriserer ordninger ulikt, må det tas utgangspunkt i realitetene. Med dette menes at innholdet og den nærmere anvendelsen av straffeprosessloven § 321 annet ledd, må vurderes opp mot de konkrete krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til muntlighet på ankestedet.

Til slutt må det nevnes at jeg har sett på disposisjonene som henholdsvis påtalemyndigheten og forsvaret utarbeidet til bruk i saken HR-2021-2058-A. Jeg har fått tilgang til de aktuelle disposisjonene, som i noen grad også har vært inspirasjon for denne oppgavens analyse. Disposisjonene har også vært nyttige i arbeidet med å avklare kildesituasjonen.

### **1.3 Videre fremstilling**

I kapittel 2 beskriver jeg systemet som er bestemmende for hvordan straffeprosessloven § 321 annet ledd anvendes på anke over domfellelser som hovedsakelig bygger på troverdighetsvurderinger. I kapittel 3 er det foretatt en analyse av EMDs praksis med mål om å avklare hvilke krav retten til muntlig behandling i EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til min avhandlings problemstilling. I kapittel 4 tar jeg stilling til om Høyesteretts tilnærming i HR-2021-2058-A samsvarer med de krav EMK oppstiller. I kapittel 5 gir jeg en kort oppsummering.

---

<sup>13</sup> Se *Engel og andre mot Nederland* avsnitt 68

## 2 Nærmere redegjørelse for vilkårene som må ligge til grunn for ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd

### 2.1 Innledning

For å finne ut hvorvidt det er samsvar mellom EMK artikkel 6 nr. 1 og de uttalelser Høyesterett kommer med i HR-2021-2058-A, er det nødvendig med flere detaljer om straffeprosessloven og dens utvikling. I lys av avhandlingens tema og problemstilling, er det nødvendig med noen korte bemerkninger om ankesilingssystemets hovedtrekk. Norsk straffeprosess bygger på det utgangspunkt at anke over domfellelse i tingretten, ikke automatisk gir rett til ny prøving for lagmannsretten. En særskilt henvisning til ankeforhandling slik det følger av straffeprosessloven § 325 første ledd første punktum må gjøres. Etter bestemmelsen skal henvisning skje, med mindre saken er avgjort etter forestående regler. Med dette siktes det til bestemmelsene i straffeprosessloven §§ 317 til 320 om avvisning av anker, samt til silingsbestemmelsen i § 321. Videre kan bestemmelsen om opphevelse eller frifinnelse uten ankeforhandling i § 322 tilsi at en anke ikke skal fremmes til behandling.<sup>14</sup> Straffeprosessloven § 321 er som nevnt over, en bestemmelse som kan brukes for å nekte å henvide en anke til behandling. Straffeprosessloven § 321 bygger på det system at anke over domfellelser der det ikke er påstått eller idømt annen reaksjon enn bot, inndragning eller tap av førerrett krever rettens samtykke. Dette fremgår av bestemmelsens første ledd. Etter bestemmelsens annet ledd kan alle øvrige saker nektes fremmet til ankebehandling, dersom retten finner det *klart* at anken ikke vil føre frem. Annet ledd benevnes typisk den «egentlige» silingsbestemmelsen.<sup>15</sup>

### 2.2 Historikk og aktualitet

Tilblivelsen av straffeprosessloven § 321 må sees i sammenheng med den såkalte «to-instantsreformen» fra 1995.<sup>16</sup> Reformen resulterte i at alle straffesaker starter i tingretten, som

---

<sup>14</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 15

<sup>15</sup> Prop.53 L (2018–2019) s. 10

<sup>16</sup> Ot.prp. Nr 78 (1992-1993)

med det fikk rollen som førsteinstans. Videre ble det ved reformen sikret en presumsjon for rett til fornyet behandling, med lagmannsretten som den ordinære ankeinstans. Frem til 1.januar 2020 sto bestemmelsen uendret, sett bort fra unntaket for de såkalte «seksårssakene».<sup>17</sup> Før denne endringen, inneholdt bestemmelsen et unntak for saker med strafferamme på mer enn seks år. Slike saker skulle alltid henvises til fullstendig muntlig behandling, uten noen forhåndsvurdering av ankens utsikter til å vinne frem. Endringen som trådte i kraft 1.januar 2020 medførte at unntaket for «seksårssakene» ikke ble videreført. Nå kan alle saker, uavhengig av øvre strafferamme, siles etter bestemmelsen. Lovendringen skapte stor debatt, og mange har kommet med kritiske bemerkninger om rettstilstanden som ble etablert. Kritikken har primært blitt framsatt fra forsvarerhold, der en rekke enkeltpersoner har uttrykt sin bekymring for lovendringens mulige negative innvirkning på rettssikkerheten.<sup>18</sup>

### **2.3 Vilkår for ankenektelse etter gjeldende rett**

Straffeprosessloven § 321 annet ledd første punktum lyder i sin helhet slik: «Anke til lagmannsretten kan for øvrig nektes fremmet når retten finner det klart at anken ikke vil føre frem.» Av bestemmelsens ordlyd kan man konstatere at grunnvilkåret for å nekte anken fremmet, er at det er «klart» at den ikke vil føre fram. Rent språklig fremstår det som terskelen for nektelse er svært høy. En naturlig språklig forståelse av begrepet «klart» leder tankene til noe som er åpenbart og uomtvistelig, som ikke gir oppfordring til grundigere vurdering.

Til tross for en ordlyd som indikerer meget høy terskel for å nekte en anke fremmet, har Høyesterett i flere kjennelser måttet behandle anker over lagmannsrettens beslutning om ankenektelse etter silingsbestemmelsen. I kjennelsen HR-2021-2058-A, som vi kommer grundig tilbake til, kommer Høyesterett med prinsipielle redegjørelser for hvordan straffeprosessloven § 321 annet ledd skal praktiseres. Her foretar Høyesterett en todelt vurdering, der det først redegjøres for det som benevnes som klarhetskravet. Deretter

---

<sup>17</sup> <https://rett24.no/articles/-riktig-og-klokt-a-utvide-ankesilingsordningen> (lest 1.mai 2022)

<sup>18</sup> <https://juristen.no/nyheter/2019/06/lagmanns%C2%ADretten-blir-trolig-f%C3%A5-nektelser-av-skyld%C2%ADanker> (lest 1.mai 2022)

redegjøres det for forsvarlighetskravet, som gir uttrykk for at silingsavgjørelsen må hvile på et forsvarlig grunnlag. I kjennelsens avsnitt 24 om klarhetskravet siterer Høyesterett fra Innst. 305 L (2018–2019) side 4. Om saker som kan siles bruker forarbeidene bruker uttrykkene «sakene der utfallet er gitt på forhånd» og «åpenbare saker». Videre trekkes det i kjennelsens avsnitt 25 en parallell til tvisteloven § 29-13 andre ledd, som er hjemmelen for å nekte anker fremmet i sivile saker. Denne parallellen trekkes i form av at Høyesterett siterer fra tvistelovens forarbeider, der det uttales at hensikten med silingsbestemmelsen er «å stoppe de håpløse ankene før det påløper ytterligere kostnader».<sup>19</sup> Årsaken til at det trekkes en parallell fra tvisteloven til straffeprosessloven, er for å få frem at terskelen for ankenektelse etter sistnevnte lov, av åpenbare grunner, ikke kan være lavere enn førstnevnte.<sup>20</sup> I all vesentlighet må det legges til grunn at det, for den det gjelder, vil være mer inngripende å nektes ankebehandling i en straffesak, enn hva det vil være i en sivil sak. Unntak kan naturligvis tenkes.

I tillegg til at grunnvilkåret for å nekte en anke fremmet isolert sett må være oppfylt, er det krav om at avgjørelsen skal tas på et forsvarlig grunnlag. Dette kravet kan ikke leses direkte av ordlyden til straffeprosessloven § 321 annet ledd, men er utviklet gjennom rettspraksis.<sup>21</sup> Forsvarlig saksbehandling må uansett anses for å være et generelt prinsipp for domstolens virksomhet. I storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1764 ble det fremhevet at til tross for at ankesilingen skjer ved skriftlig behandling, skal også denne behandlingsformen gi en reell overprøving av tingrettens dom. Hvorvidt det er forsvarlig å avgjøre saken ved skriftlig behandling, er situasjonsavhengig. Sakens kompleksitet og dens konkrete beviskonstellasjon er momenter det må tas hensyn til når det skal vurderes om skriftlig behandling er forsvarlig. Forsvarlighetskravet er gjentatt i flere avgjørelser hvor spørsmål om ankenektelse og forsvarlighet har vært tema.<sup>22</sup> At saker som ikke på forsvarlig vis kan avgjøres ved skriftlig behandling alene må fremmes, harmonerer godt med lovens utgangspunkt; ankerett. Fallende innunder kravet om forsvarlighet, er at retten også må vurdere om behandlingen for tingretten

---

<sup>19</sup> Ot. Prp. Nr. 51 (2004–2005) s. 297

<sup>20</sup> HR-2021-2058-A Avsnitt 25

<sup>21</sup> Se Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 51 og HR-2021-2058-A avsnitt 27

<sup>22</sup> HR-2020-1269-U avsnitt 16

har vært forsvarlig.<sup>23</sup>

Straffeprosessloven § 321 annet ledd skiller ikke mellom hvilke typer saker som kan siles. Dette kan- og må problematiseres. Det er ikke til å komme utenom at bevisgrunnlaget for tingrettsavgjørelser kan variere mye. På den ene siden kan bevisgrunnlaget bestå av en rekke tekniske bevis, som ikke levner tvil om de faktiske forhold. På den andre siden finner man avgjørelser som hviler på noe tynnere grunnlag. Slike avgjørelser vil typisk være basert på vitneforklaringer alene. I slike tilfeller vil det ikke finnes tekniske bevis som på rimelig måte støtter opp om vitneforklaringen. Opphevelse av silingsbeslutninger er tilsynelatende i stor grad forbeholdt sistnevnte typetilfelle. I HR-2021-2058-A avsnitt 33 fastlås det for ordens skyld at siling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd ikke er begrenset til å gjelde tilfeller der fellende tekniske bevis foreligger. Det inntrykk man får ved å gjennomgå rettsavgjørelser om ankesiling, er at et klart flertall av avgjørelsene i det vesentlige omhandler troverdighetsvurderinger av vitnebevis. Dette er naturlig. Det må med rette kunne hevdes at feilkildene ved vurderinger av vitnebevis og tilhørende troverdighetsvurderinger er betraktelig større enn det tilsvarende er ved typiske tekniske bevis. Dermed vil det åpenbart være lettere for lagmannsretten å beslutte at saken «klart» ikke vil føre frem, når bevisbildet domineres av tekniske bevis.

Beslutning om å nekte en anke fremmet, må etter straffeprosessloven § 321 fjerde ledd begrunnes. Opprinnelig var det ikke nødvendig med begrunnelse for ankenektelser, men dette ble etablert med storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1764. Begrunningskravet kan vanskelig sees å være et materielt vilkår for lagmannsrettens adgang til ankenektelse. Det er likevel en nær sammenheng, da enhver beslutning om ankenektelse må begrunnes. Begrunnelsen legitimerer beslutningen ved at den viser hvorfor det er «klart» at anken ikke vil føre frem.<sup>24</sup> I ovennevnte storkammeravgjørelse fremheves viktigheten av at lagmannsretten gir en selvstendig begrunnelse, ved å på selvstendig vis gå inn i saken. Videre fremheves viktigheten av at lagmannsretten ikke nøyer seg med å slutte seg til tingrettens begrunnelse. Lagmannsretten må sette seg inn i bevissituasjonen, og redegjøre for hvorfor saken står slik at

---

<sup>23</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 29

<sup>24</sup> Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 105

tingrettens avgjørelse ikke kan endres. Hvor inngående begrunnelse som skal gis, vil variere utfra saksforholdet i det konkrete tilfellet. Det er en nær sammenheng mellom begrunnelseskravet, og den forutsetning at anken skal undergis en realitetsvurdering. Høyesterett uttaler i Rt. 2008 s. 1764 i avsnitt 110 at dersom det ikke er mulig å gi en begrunnelse som viser at anken er undergitt reell overprøving, må den henvises til ankeforhandling. Kravet til begrunnelsen, og dens kvalitet, kan på den måte sies å være en skranke for lagmannsretten ved silingen. Det holder ikke at retten har vurdert det slik at grunnvilkåret for ankesiling isolert sett er oppfylt. Den må også *vis*e at anken klart ikke kan føre frem.<sup>25</sup> Som nevnt er det konkrete saksforholdets kompleksitet bestemmende for de krav som stilles til begrunnelsen. Dette kravet vil også variere med sakens alvorlighetsgrad. (se HR-2020-1269-U avsnitt 17).

## 2.4 Grunnlaget for ankesiling

I forbindelse med ankesiling oppstår det spørsmål om hva som er grunnlaget for vurderingen. Av hensyn til at silingsavgjørelsen skal sikre et materielt riktig resultat, er det av vesentlig betydning å vite hvilket grunnlag lagmannsretten skal bygge avgjørelsen om ankesiling på. Utgangspunktet og gjenstand for silingen er anken, og fremgår klart av ordlyden til straffeprosessloven § 321 annet ledd. Bestemmelsen sier derimot ingenting om hva silingsavgjørelsen skal bygge på. Når retten foretar silingen, besitter den sakens dokumenter.<sup>26</sup> Om, og i hvor stor grad, avgjørelsen kan bygge på nevnte dokumenter er utfra lovteksten uklart. Spørsmålet aktualiseres særlig i de tilfeller der ankeinstansen vil bygge på opplysninger som er viet lite oppmerksomhet i tingrettsdommen. I Rt. 2009 s. 1590 i avsnitt 20 sies det at rettspraksis har lagt til grunn at det skal utvises varsomhet ved å vektlegge opplysninger som tingretten ikke har bygget på gjennom umiddelbar bevisførsel og kontradiksjon. Det overordnede krav til forsvarlighet må antas å utgjøre en terskel også for hva lagmannsretten ved siling kan vektlegge. Etter HR-2020-1868-U avsnitt 19 kan ikke bevis vektlegges uten at retten har hatt et forsvarlig grunnlag for å vurdere de aktuelle bevisene.

---

<sup>25</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 66

<sup>26</sup> Se straffeprosessloven § 316

I NOU 2016: 24 erkjenner utvalget at hvorvidt henvisning av anke skal skje, avgjøres på bakgrunn av tingrettens dom og sakens dokumenter, jf. straffeprosessloven § 316. Videre gir utvalget uttrykk for at lagmannsrettens henvisningsavgjørelser i utgangspunktet bare skal bygge på opplysninger undergitt kontradiksjon. Det fremheves at det særlig er avgjørelser til siktedes ugunst som må bygge på opplysninger vedkommende har fått anledning til å uttale seg om.<sup>27</sup> Videre må det nevnes at det i NOU 2016:24 uttales at det er usikkert i hvor stor grad silingsavgjørelsen kan bygge på saksdokumentene.<sup>28</sup>

## 2.5 Kritik

Forslaget om å åpne for siling av alle sakstyper, uten å ta hensyn til strafferamme, ble møtt med til dels sterke protester. Protestene kom i hovedsak fra advokatforeningens forsvarergruppe,<sup>29</sup> hvor kritikerne var bekymret for mulig svekkelse av rettssikkerheten. En silingsavgjørelse har naturligvis et kvalitativt annet preg enn en hovedforhandling med umiddelbar bevisføring. Dette ble fremhevet som en del av kritikken mot forslaget om lovendringen. Motforestillingene mot utvidelse av silingsadgangen er ikke veldig overraskende, all den tid full ankebehandling må antas å være fordelaktig med hensyn til en målsetning om et materielt riktig resultat. På den annen side må det nevnes at både påtalemyndigheten og domstolene ønsket den utvidede silingsadgangen velkommen. Aktørene sluttet seg ikke til bekymringene fra forsvarerhold om at endringen kunne ha negative konsekvenser.<sup>30</sup> Det var særlig kravet til dommernes enstemmighet, og kravet til begrunnelse for avgjørelsen, som ble fremhevet som argumenter for hvorfor utvidelsen ikke skulle gå på bekostning av rettssikkerheten.

I 2020 kunne, for første gang, alle sakstyper siles. Ved årets slutt ble det foretatt en gjennomgang av statistikk fra lagmannsrettene. Denne statistikken viser at en stor andel av sakene med strafferamme på over seks år nektes fremmet.<sup>31</sup> Forsvarergruppen hevder at

---

<sup>27</sup> NOU 2016:24 side 388

<sup>28</sup> NOU 2016:24 side 388

<sup>29</sup> <https://rett24.no/articles/-et-svik-i-forhold-til-juryavviklingen> (lest 1.mai 2022)

<sup>30</sup> <https://rett24.no/articles/domstolene-vil-ha-sterkere-ankesiling--brukerne-sier-nei> (lest 1.mai 2022)

<sup>31</sup> <https://rett24.no/articles/fire-av-ti-seksars saker-nektes-fremmet-i-borgarting> (lest 1.mai 2022)



statistikken viser at de lovnader som ble gitt før lovendringen, om at silingsadgangen ikke skulle medføre stor endring, var usanne.<sup>32</sup> Videre ytres det generell bekymring over lagmannsrettens utstrakte bruk av ankenektelser. For å underbygge denne kritikken fremheves det videre at silingsadgangen har en side til lekmannsordningen.<sup>33</sup> Silingsavgjørelser tas av fagdommerne alene, og har naturligvis som følge at den folkelige kontroll med rettspleien svekkes.

## **2.6 Opptakt til strengere praktisering av siling av bevisanker, og veien videre**

I lys av redegjørelsen for kritikken som ble fremsatt fra forsvarerhold, skal jeg ved å ta utgangspunkt i tre avgjørelser som opphever beslutning om ankenektelse, vise eksempler på at ankesilingsordningen har blitt strukket langt. Hensynene som ligger til grunn for ankesiling er effektivitet og ressursbesparelse.<sup>34</sup> Dette er legitime formål, men formålet kan naturligvis ikke rettferdiggjøre siling utover lovens fastsatte rammer. Det finnes ikke belegg for å påstå at lagmannsrettene bevisst har brukt silingsadgangen urettmessig for å spare ressurser. På den annen side er det ikke egnet til å styrke tilliten hvis en snever unntaksbestemmelse brukes i større omfang enn forutsatt.

Inntrykket man får er at det gjennomgående er nektelse av bevisanker som settes til side av Høyesterett. Dette er lite overraskende. For å illustrere prosessen mot prinsippavgjørelsen HR-2021-2058-A, nevnes først kjennelsen HR-2020-1269-U. Denne saken omhandlet domfellelse for drapsforsøk. Her var det tvil om de faktiske forhold, og våpentekniske spørsmål var sentrale. Disse spørsmålene var av en slik karakter, at de vanskelig kunne belyses tilfredsstillende uten umiddelbar bevisføring. Lagmannsrettens beslutning om ankenektelse ble derfor opphevet. Det var for øvrig ilagt dom på ni års fengsel i tingretten.

Den neste avgjørelsen der beslutning om ankenektelse ble opphevet, er kjennelsen HR-2020-2287-U. Her var det ilagt straff på ett års fengsel for ulike seksualforbrytelser. De aktuelle

---

<sup>32</sup> <https://rett24.no/articles/fire-av-ti-seksarssaker-nektes-fremmet-i-borgarting> (lest 1.mai 2022)

<sup>33</sup> <https://rett24.no/articles/fire-av-ti-seksarssaker-nektes-fremmet-i-borgarting> (lest 1.mai 2022)

<sup>34</sup> Prop.53 L (2018-2019)

forholdene lå langt tilbake i tid, og domfellelsen var basert på troverdighetsvurderinger. Klarlegging av sakens faktum kunne ikke gjøres forsvarlig etter en skriftlig og forenklet behandling. Blant en rekke andre ankenektelser er disse sakene eksempler som har blitt opphevet av Høyesterett, der bevisvurderingene har vært av en slik karakter at skriftlig behandling har vært uforsvarlig.

I lys av lagmannsrettens hyppige bruk av ankesiling, kan det antas at det har vært lagt til grunn en for lav terskel for å foreta ankenektelser etter straffeprosessloven § 321 annet ledd. Det har åpenbart oppstått et behov for å klarlegge bestemmelsens innhold, og nærmere anvendelsesmåte. Disse spørsmålene må i stor grad ansees for å være avklarte gjennom avgjørelsen HR-2021-2058-A, som ble avsagt i avdeling. Høyesterett foretar en grundig redegjørelse for de vilkår straffeprosessloven § 321 andre ledd oppstiller.

## **2.7 Nærmere redegjørelse for saksforholdet i HR-2021-2058-A, og dets betydning for opphevelsen av lagmannsrettens beslutning om ankenektelse**

For å tydeliggjøre i hvilke enkelttilfeller lagmannsretten kan nekte å fremme anker etter straffeprosessloven § 321 annet ledd, finner jeg det naturlig å gjøre en mer inngående redegjørelse for saksforholdet som ligger til grunn for avgjørelsen i HR-2021-2058-A. Dette gjøres av hensyn til at fremstillingen skal bli så pedagogisk og informativ som det er fordelaktig at den er. Jeg mener at det er riktig å gå nærmere inn på det underliggende saksforholdet, slik at forståelsen av straffeprosessloven § 321 annet ledd skjer på bakgrunn av en relevant kontekst. Siktede som i kjennelsen benevnes A, ble i Asker og Bærum tingrett den 15. mars 2021 dømt til fengsel i seks år og seks måneder. Han ble i tillegg pålagt å betale oppreisningserstatning på 220.000 kr. Grunnlaget for tiltalen for voldtekt beskrives i kjennelsens avsnitt 3 som følger:

«a) Fredag 20. september eller natt til lørdag 21. september 2019 i --- vei 00 i X, etter blant annet å ha holdt B nede i en seng med makt, kvalt henne og slått henne flere ganger med knyttet neve i hodet, spredde han beina hennes og førte sin penis inn i hennes skjede og en 'buttplug' inn i hennes endetarmsåpning, alt mens hun ga uttrykk

for at hun ikke ønsket sex og gjorde den motstand hun turte og var i stand til under omstendighetene.

b) Fredag 27. september 2019 i vei 00 i X, etter blant annet å ha holdt B tilbake i leiligheten og i et soverom med makt, slått henne med et belte, truet med kniv og uttalt at han skulle få henne til å angre på livet sitt og lignende, kvalt henne med et håndkle, og slått henne med knyttet neve i hodet, presset han sin penis inn i hennes skjede mens han tok halsgrep på henne, alt mens hun gråt og ga uttrykk for at hun ikke ønsket sex og gjorde den motstand hun turte og var i stand til under omstendighetene.»

Anklagede ble i forbindelse med å ha utført de påståtte voldtekter, også tiltalt for kroppsskade, jf. straffeloven § 273. Grunnlaget for dette blir i kjennelsens avsnitt 4 beskrevet slik:

«a) Til tid og på sted som nevnt i post I, grunnlag a, forholdt han seg som der beskrevet og påførte B flere hevelser og blodutredelser på hodet og på kroppen, i hvert fall delvis bevissthetstap, hjernerystelse og en rift i endetarmsåpningen.

b) Til tid og på sted som nevnt i post I, grunnlag b, forholdt han seg som der beskrevet og påførte B ytterligere flere hevelser og blodutredelser på hodet, halsen og kroppen, sterk åndedrettsnød og hjernerystelse.»

Han ble dømt i samsvar med tiltalen, men anket over avgjørelsen. Ved Borgarting lagmannsretts beslutning 14. juni 2021 ble anken i sin helhet nektet fremmet. Den 21. oktober 2021 i avdeling opphevet Høyesterett Borgarting lagmannsretts beslutning om ankenektelse. Høyesterett la til grunn at lagmannsretten ikke hadde forsvarlig grunnlag for sin ankenektelse. Dette stod i kontrast til Borgarting lagmannsretts vurdering, som ved sin ankenektelse implisitt mente de hadde betryggende grunnlag for å dømme A til hele seks år og seks måneders fengsel.

Lagmannsrettens fastleggelse av faktum bygget hovedsakelig på troverdigheten til siktede og fornærmede, og deres respektive forklaringer.<sup>35</sup> I tillegg til aktørens forklaringer, bygget

---

<sup>35</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 65.

tingrettens dom på enkelte indisier som diverse blåmerker og sår på fornærmedes kropp. Ifølge tingretten kunne det ikke utelukkes at disse stammet fra fall eller støt tiltalte ikke har skyld i.<sup>36</sup> Likevel uttaler tingretten følgende:<sup>37</sup>

«Det samlede bevisbildet etterlater imidlertid ingen rimelig tvil om at tiltalte ved de to anledningene som er beskrevet i tiltalens post I a og b og post II a og b, har vært voldelig og tvunget seg til seksuell omgang mot fornærmedes vilje slik hun har forklart.»

Denne uttalelsen gir foranledning til ytterligere merknader. Ankenektelsen ble som nevnt opphevet, og saken ble senere underlagt fullstendig muntlig behandling for lagmannsretten. Utfallet ble full frifinnelse.<sup>38</sup>

Etter mitt skjønn er dette et eksempel på konsekvensene en mangelfull og uforsvarlig beslutning om ankenektelse kan medføre. Etter lagmannsrettens første vurdering, der ankenektelse ble vurdert som rimelig, skulle siktede (A) sitte seks år og seks måneder i fengsel. Det er et stort sprang fra den straffen, til full frifinnelse som lagmannsretten kom til når anken ble tatt inn til fullstendig muntlig behandling. Slik jeg ser det, er denne saken et godt eksempel på hvorfor den skriftlige ankesilingen må bygge på et forsvarlig grunnlag. Det er ingen selvfølge at vedkommende (A) fant det opportunt å påanke ankenektelsen i første omgang, og da ville han måttet sone en betydelig straff for et alvorlig lovbrudd han ikke begikk.

Hvorvidt prinsippavgjørelsen har medført endringer i lagmannsrettens ankesilingspraksis, er vanskelig å fastslå sikkert allerede nå. Høyesteretts kjennelse er fremdeles nokså fersk. Forsvarsadvokater tror at den rettsavklaringen som ble gjort vil medføre en markant reduksjon i antall saker som siles.<sup>39</sup> Det må videre nevnes at prinsippavgjørelsen allerede har fått

---

<sup>36</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 58

<sup>37</sup>HR-2021-2058-A avsnitt 58. Her siteres tingrettens utsagn om tiltaltes skyld.

<sup>38</sup> <https://rett24.no/articles/forst-ble-anken-nektet-fremmet--na-er-mannen-likevel-frikjent-for-voldtektene> (lest 1.mai 2022)

<sup>39</sup> <https://rett24.no/articles/hoyesterett-opphever-lagmannsrettens-ankenektelse-i-6-ars-sak> (lest 1.mai 2022)

innvirkning i det praktiske rettsliv. Uttalelser fra avgjørelsen har blitt lagt til grunn av Høyesterett i senere opphevelser av beslutning om ankenektelse.<sup>40</sup> Også spørsmål om lagmannsrettene har blitt mer restriktiv i sin praksis er av vesentlig interesse. Denne avhandlingen går imidlertid ikke inn på dette spørsmålet.

---

<sup>40</sup> HR-2022-540-U avsnitt 14

### 3 Analyse av de krav EMD stiller til praktisering av EMK artikkel 6 nr. 1 på ankestadiet

#### 3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det gjøres en analyse av EMK artikkel 6 nr. 1 og tilhørende domstolspraksis fra EMD, med mål om å klarlegge dens anvendelse på ankestadiet, der domfellelse i første instans bygger på troverdighetsvurderinger. Analysen gjøres som tidligere nevnt i avhandlingen med utgangspunkt i avgjørelser avsagt av EMD. Som resultat av denne prosessen vil momenter som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om muntlig behandling kreves på ankestadiet bli identifisert og nærmere redegjort for. Jeg vil videre i kapittelet vise at i hvilken grad EMD artikkel 6 nr. 1 gir rett på muntlig ankebehandling må avgjøres konkret. Sakens individuelle særtrekk er styrende for avgjørelsen. Likevel er det – slik jeg tolker EMDs avgjørelser – mest avgjørende om ankedomstolen skal gjøre en fullstendig gjennomgang av skyldspørsmålet, der sakens faktiske og rettslige side vurderes.<sup>41</sup>

For å besvare avhandlingens problemstilling er følgende utdrag fra EMK artikkel 6 nr. 1 relevant: «In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and *public hearing* (...)» Bestemmelsens anvendelse på straffesaker fremgår klart av ordlyden «criminal charge». For denne avhandlingens tema anser jeg det lite hensiktsmessig å problematisere straffebegrepet ytterligere. EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på alle reaksjoner nasjonale myndigheter benevner straff, uten ytterligere vurderinger.<sup>42</sup> Hele den prosess som leder frem mot en straffesaks endelige slutt, må overholde de krav som fremgår av EMK artikkel 6 nr. 1.

Når det kommer til hvilke avgjørelser jeg konkret behandler, og utleder vurderingsmomenter fra, må det gjøres noen merknader. Årsaken til at det ikke nevnes flere avgjørelser enn det faktisk gjør, er at de samme formuleringene og uttalelsene går igjen i EMD-praksis. Rettstilstanden på området fremstår som entydig, og den har vært uendret i lengre tid. Nærmere behandling og redegjørelse for flere enkeltavgjørelser enn jeg allerede gjør i

---

<sup>41</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 33

<sup>42</sup> Aall (2018) s. 431

avhandlingen, der de samme formuleringene går igjen, kan vanskelig sies å tilføre oppgaven noe av verdi. Selv om utgangspunktet for avhandlingen er at avgjørelsen *Mtchedlishvili mot Georgia* dekkende oppsummerer rettstilstanden på området, viser jeg i tillegg til enkelte andre avgjørelser der de samme momenter som tilsier muntlig ankebehandling fremheves.<sup>43</sup> Dette gjøres for å få frem at rettstilstanden bygger på en entydig og omfattende rettspraksis.

Retten til en rettferdig rettergang uttrykker en fundamental rettsstatlig verdi. Denne retten kan sies å utgjøre et sett med spilleregler som skal begrense statsmakten ved straffeforfølgning av borgere. Den som er gjenstand for straffeforfølgning skal kunne vite på forhånd hvilke rettigheter han har, og hvordan de blir ivaretatt ved rettergang i straffesak. EMK artikkel 6 utgjør et sett med minimumsrettigheter som virker som en skranke for staten i straffesaker.

### **3.2 Hva er grunnlaget for å anvende EMK artikkel 6 nr. 1 på ankesaker?**

I dette avsnittet vil jeg redegjøre for hva som er foranledningen til å vurdere EMK artikkel 6 nr. 1 på ankestadiet. Utfra ordlyden til EMK artikkel 6 nr. 1 er det ikke opplagt at den får anvendelse på ankesaker. Med bakgrunn i dette er det nødvendig med bakgrunnsinformasjon om hva som er grunnlaget for at EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på ankesaker.

Det at EMK artikkel 6 får anvendelse på ankestadiet, ble endelig avklart ved avgjørelsen *Delcourt mot Belgia* — allerede i 1970. Saksforholdet var slik at tiltalte ble dømt for økonomiske forbrytelser i førsteinstans. Avgjørelsen ble påanket, med det resultat at straffen ble skjerpet. Videre anket han til kassasjonsdomstolen, som forkastet anken. Her oppsto det spørsmål om det at en representant for Generalprokuratoren var til stede under rettens rådslanging, der tiltalte selv ikke var tilstede, var i strid med prinsippet om «equality of arms», jf. EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>44</sup> For å besvare spørsmålet, måtte EMD først avgjøre om EMK artikkel 6 overhodet var anvendelig på behandling av ankesaker.<sup>45</sup> EMD besvarte spørsmålet bekreftende, og det er nå sikker rett. Det kan påstås at spørsmålet om artikkel 6 og

---

<sup>43</sup> Deriblant *Popa og Tănăsescu mot Romania*; *Talaber mot Ungarn*; *Seliwiak mot Polen* mv.

<sup>44</sup> Møse (2002) s. 319

<sup>45</sup> Møse (2002) s. 319

dens anvendelse på ankestadiet nå handler om *hvordan* bestemmelsen skal anvendes. Til opplysning må det nevnes at EMD har uttalt at tiltaltes tilstedeværelse i retten ikke er like viktig ved andreinstans behandling.<sup>46</sup>

### **3.3 Grunnleggende om de hensyn som begrunner muntlig behandling etter EMK artikkel 6 nr. 1**

For å forstå hvorfor muntlig behandling på ankestadiet i mange tilfeller er nødvendig for å oppfylle de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 er det nødvendig med bevissthet rundt de hensyn som begrunner muntlighet, og disse må ses i forhold til hensynene som begrunner muligheten for unntak fra muntlighetsprinsippet. Jeg skal derfor kort redegjøre for disse hensynene, før jeg går inn på momentene som EMDs praksis gir uttrykk for – og som langt på vei er en refleksjon av disse kryssende hensynene.

Tiltaltes rett til å forklare seg for retten er en fundamental rettsstatlig verdi, og en av de essensielle rettighetene som fastsettes av EMK artikkel 6.<sup>47</sup> Denne retten begrunnes blant annet i hensynet til *kontradiksjon*. En sak må antas å opplyses best når rettens aktører får uttale seg fritt, og få lov til å imøtegå motpartens uttalelser. Kontradiksjon kan selvsagt også ivaretas i noen grad i form av skriftlig behandling, men den vil styrkes betydelig når partene er i retten sammen og kan foreta en samtidig kontradiksjon. For avhandlingens tema er det etter mitt syn viktigst å forstå hvorfor det for tiltalte oftest er ønskelig med muntlig behandling. Tiltalte skal kunne forsvare seg mot anklagene mot ham ved å eksempelvis kommentere bevis og påstander som fremlegges.

Videre har retten til å forklare seg muntlig en side til *offentlighetsprinsippet*. At behandlingen for retten skjer muntlig, i motsetning til skriftlig, har som virkning at offentligheten i større grad kan føre kontroll med at rettsprosessen har vært betryggende.<sup>48</sup> I lys av avhandlingens tema må det nevnes at offentligheten ikke vil ha den samme tilgangen til lagmannsrettens

---

<sup>46</sup> *Hermi mot Italia* avsnitt 60

<sup>47</sup> *X mot Nederland* avsnitt 43

<sup>48</sup> Se *Tierce mot San Marino* avsnitt 92 – Muntlighet har en egenverdi, i tillegg til at det skal sikre sakens opplysning.



skriftlige saksbehandling når den foretar sin vurdering av ankenektelse.

En straffesak berører på et overordnet nivå mange flere enn tiltalte og rettens øvrige aktører. Straffen er en realisasjon av samfunnets ønsker om hvordan lovbrudd skal sanksjoneres. I lys av strafferettens iboende alvor, er det viktig at den realiseres på den måte samfunnet har bestemt gjennom lov. For at prosessen skal innby til tillitt, er åpenhet rundt det som skjer i rettssalen viktig. Offentlighet og muntlighet for domstolene er med på å ivareta samfunnets tillitt til strafferetten. Rettsprosesser bak lukkede dører kunne raskt resultere i spekulasjoner og generell mistillit.

Mest vesentlig etter mitt skjønn er *hensynet til sakens opplysning*. Muntlig behandling er utvilsomt mer hensiktsmessig enn skriftlig med tanke på å finne sannheten, når tema er troverdighetsvurderinger og lignende. For siktede vil det ofte være viktig å føle seg hørt, noe som best skjer ved muntlig behandling. Muntlighet har altså en egenverdi, uten hensyn til om muntlighet i det enkelte tilfelle rent faktisk innvirker på sakens utfall.<sup>49</sup>

EMD har for øvrig anerkjent hensyn som tilsier en viss begrensning i retten til muntlig behandling. For å avgjøre om begrensninger kan gjøres, er det etter praksis fra EMD to hensyn som kan vektlegges. Det ene er hensynet til å få saken avgjort innen rimelig tid. Det andre er hensynet til domstolens saksmengde.<sup>50</sup> Dette er hensyn som primært ivaretar samfunnets behov, og som til en viss grad står i et spenningsforhold til siktedes interesser.

### **3.4 Muntlig behandling av ankesaken etter EMK artikkel 6 nr. 1, beror på den konkrete saks særtrekk**

Før jeg gjør en mer inngående analyse av EMDs avgjørelser med sikte på å klarlegge hvilke momenter som tilsier at en ankesak må behandles muntlig er det nødvendig å redegjøre for utgangspunktene. Før man går i gang med å avgjøre i hvilken grad EMK artikkel 6 nr. 1 gir rett til muntlig ankebehandling må man som tidligere nevnt være bevisst på at EMK i sin kjerne er autonom. Nasjonal klassifisering er derfor av underordnet betydning, og det er

---

<sup>49</sup> Se *Tierce mot San Marino* avsnitt 92

<sup>50</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 32

derfor realiteten i ankeordningen som er av betydning. Med det mener jeg at det avgjørende er de nasjonale ankeordningers faktiske innhold og virkninger. Som nevnt er det sikker rett at EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på ankesaker. I lys av det oppstår det spørsmål om hva som utgjør den nedre grense for å konstatere at man har å gjøre med en ankesak. I den forbindelse må det nevnes at det ikke utelukkende er i de tilfeller anken tas inn til full behandling, at EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse. Også den preliminnære behandlingen ved ankesiling og beslektede ordninger må holde seg innenfor de skranker som utledes av bestemmelsen.<sup>51</sup> EMKs styrende utgangspunkt er at behandlingen av anken tilpasses

«The special features of the proceedings involved; account must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein».<sup>52</sup>

Følgelig må det tas utgangspunkt i den konkrete sak, og dens særtrekk. Videre må det også foretas en vurdering av prosessens helhet hvor Møse oppsummerer vurderingsmomentene slik:

«Spørsmålet er om hver av garantiene i art. 6 må foreligge ikke bare på de tidligere stadiene, men også på det avsluttende trinn. Ved vurderingen legges det vekt på ankesystemets karakter, ankeinstansens kompetanse og på hvilken måte individets interesser blir ivaretatt i den konkrete sak, særlig i lys av de spørsmål som vedkommende overprøvningsinstans skal ta standpunkt til.»

Disse vurderingsmomentene legges derfor til grunn videre i avhandlingen.

### **3.5 I hvilken grad skal EMDs gjentatte uttalelser om begrepet «leave-to-appeal» tillegges vekt ved avgjørelsen av om ankesaken skal behandles muntlig?**

I avgjørelser som handler om muntlig behandling på ankestadiet, henviser EMD hyppig til

---

<sup>51</sup> *Hansen mot Norge* avsnitt 55

<sup>52</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 30; *Muttillainen mot Finland* avsnitt 23; *Popa and Tanasescu mot Romania* avsnitt 44; *Bulut mot Østerrike* avsnitt 41.

begrepet «leave-to-appeal».<sup>53</sup> Til tross for den hyppige henvisningen til begrepet, redegjøres det i liten grad for dets nærmere meningsinnhold. Etter mitt syn må derfor begrepets innhold og eventuelle virkninger klarlegges. Videre mener jeg at Høyesteretts uttalelser i HR-2021-2058-A avsnitt 49 gir ytterligere oppfordring til å redegjøre nærmere for begrepets innhold. Høyesterett lykkes for øvrig ikke med å gi en presis beskrivelse av begrepets nærmere meningsinnhold.<sup>54</sup> Det uttales heller ikke direkte at det er av avgjørende betydning for spørsmålet om muntlighet på ankestadiet, at man rubriserer straffeprosessloven § 321 som ordning tilsvarende «leave-to-appeal». Men det faktum at Høyesterett gjennomfører vurdering er mer enn god nok grunn til å vurdere begrepet nærmere.

I avgjørelsen *Mtchedlishvili mot Georgia* avsagt 25.februar 2021, var hovedspørsmålet hvorvidt klageren hadde rett til å få anken sin behandlet muntlig. I avsnitt 31 uttales følgende:

«According to the Court's case-law, leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of Article 6 § 1 even though the appellant was not given the opportunity to give evidence in person before the appeal or cassation court. »

Tatt på ordet kan denne uttalelsen tas til inntekt for at avgjørelser om anketillatelse/ankesiling som hovedregel kan behandles skriftlig, uten at den ankende part får avgi muntlig forklaring for ankedomstolen.<sup>55</sup> Dette utgangspunkt har EMD gjentatt i en rekke avgjørelser om muntlig ankebehandling.<sup>56</sup> «Leave-to-appeal» oversatt til norsk vil etter en naturlig språklig forståelse være anketillatelse. «Leave» har enkelte likhetstrekk med det norske ordet «løyve», og «leave-to-appeal» kan derfor forstås som ankeløyve. Den nærmere redegjørelsen for begrepet gjør EMD i *Monnell and Morris mot Storbritannia*. Her uttales følgende:

---

<sup>53</sup> Se blant annet *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 31 og *Bulut mot Østerrike* avsnitt 41.

<sup>54</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 51

<sup>55</sup> Jeg mener for øvrig det er unaturlig å anse straffeprosessloven § 321 annet ledd som en ordning med anketillatelse. Bestemmelsen er en snever unntaksregel fra utgangspunktet om *ankerett* til lagmannsretten.

<sup>56</sup> Se *Fejde mot Sverige*; *Bulut mot Østerrike*; *Mtchedlishvili mot Georgia mv.*

«On an application for leave to appeal, the Court of Appeal does not re-hear the case on the facts, and no witnesses are called, even though the grounds of appeal involve questions of fact as opposed to questions of law alone (see paragraphs 23 and 27 above). The issue for decision in such proceedings is whether the applicant has demonstrated the existence of arguable grounds which would justify hearing an appeal. If the grounds pleaded are in law legitimate grounds for appeal and if they merit further argument or consideration, leave will be given; if one or other of these conditions is lacking, leave will be refused.»

Essensen i uttalelsen, slik jeg tolker den, er at spørsmål om «leave-to-appeal» avgjøres etter en skriftlig forhåndsvurdering av en ankes utsikter til å føre fram. Ved prosedyren innhentes ikke vitneforklaringer, og ingen ny fastleggelse av sakens faktum gjøres. Den som begjærer ankesak må peke på omstendighetene som gir oppfordring til ny behandling av saken. Dersom han lykkes med det, skal anketillatelse gis. Det er verdt å merke seg at det er opp til den som vil anke å etablere et grunnlag som gir retten grunn til å tillate anken fremmet.<sup>57</sup> Den som vil ha anketillatelse, har tilsynelatende bevisbyrden, og har videre ansvaret for å vise til omstendigheter som er tilstrekkelig overbevisende til at muntlig ankebehandling må innvilges.

Etter min oppfatning kan ikke uttalelser om at «leave-to-appeal» kan behandles skriftlig tas til inntekt for at saker etter behandling i første instans, på generelt grunnlag kan få sin ende ved ankedomstolen, etter skriftlig behandling. Dette vil i det følgende illustreres med avgjørelsen *Mtchedlishvili mot Georgia*, som må anees å uttrykkelig oppsummere EMDs langvarige og entydige praksis om muntlig behandling av bevisanker.<sup>58</sup> Her var det aktuelle saksforholdet at en kvinne var dømt til ni års fengsel. Dommen besto av to tiltalepunkter, hvor det ene var tema for EMD. Grunnlaget for det ene tiltalepunktet var innførsel av ulovlige medikamenter, noe hun ble dømt for. Grunnlaget for domfellelse på dette punkt var i all hovedsak vitnebevis, men ulike indisier pekte også i retning av kvinnens skyld. Vitnebevis og tilhørende troverdighetsvurderinger var likevel avgjørende. Vurdering av vitnenes og tiltaltes

---

<sup>57</sup> Sammenlign straffeprosessloven § 321 annet ledd. Her foreligger presumsjon for ankerett.

<sup>58</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 46: «Mtchedlishvili mot Georgia, oppsummerer i stor grad tidligere praksis.»

troverdighet utgjorde det sentrale grunnlag for domfellelse. Ingen tekniske bevis for selve innførselen av ulovlige medikamenter forelå. Kvinnen anket dommen, hvorpå ankedomstolen etter skriftlig behandling avsa å ta anken inn til behandling. Dom avsagt i førsteinstans ble opprettholdt. Her konstaterte EMD krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1. Spørsmålene i saken var av en slik art at retten ikke kunne foreta en tilfredsstillende vurdering av bevisene under skyldspørsmålet i form av skriftlig behandling. I lys av at vurderingstema i stor grad var troverdigheten og personligheten til kvinnen og hennes medtiltalte, konkluderte EMD med at kvinnen skulle fått lov til å forklare seg direkte for ankedomstolen.<sup>59</sup> Kvinnen hevdet at hennes medtiltalte, som også vitnet mot henne, hadde egeninteresse i å forklare seg slik han hadde gjort. Med å nevne dette, forelå omstendigheter som gav oppfordring til muntlig bevisføring for å opplyse saken.<sup>60</sup>

For å ytterligere illustrere at EMDs uttalelser om skriftlig behandling av ankesaker utelukkende må ses som et utgangspunkt, viser jeg til avgjørelsen *Popa and Tanasescu mot Romania*. Det aktuelle saksforholdet var at to menn i førsteinstans ble frikjent for sin rolle i kidnappingen og mishandlingen av en forretningsmann, som dessuten var en venn av de to. Saken fikk for øvrig mye medieoppmerksomhet, og fikk tilnavnet «The car boot affair».<sup>61</sup> Påtalemyndigheten valgte å anke frikjennelsen. Ankedomstolen omgjorde frikjennelsen foretatt i førsteinstans, og de to ble dømt for sin delaktighet i saken.

Her konstaterte EMD brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Ankedomstolen sto fritt til å foreta en full gjennomgang av de tiltaltes straffskyld. Sentralt for domfellelsen var subjektive forhold på de tiltaltes side. De tiltalte bestridte ikke å ha vært på åstedet for forbrytelsen, men hevdet å ha forsøkt å hjelpe kidnappingsofferet. EMD fastholdt at de subjektive forhold relatert til den mulige forbrytelsen, ikke kunne avgjøres tilfredsstillende, uten å høre tiltaltes muntlige forklaringer i retten.<sup>62</sup> Spørsmålet kunne derfor ikke avgjøres basert på sakens dokumenter. Sakens alvor, og straffen de tiltalte risikerte, talte for muntlig høring.

---

<sup>59</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 39

<sup>60</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 38

<sup>61</sup> *Popa and Tanasescu mot Romania* avsnitt 8

<sup>62</sup> *Popa and Tanasescu mot Romania* avsnitt 52

Avgjørelsene vist til ovenfor, beviser at EMDs gjentatte uttalelser om at «leave-to-appeal proceedings» kan avgjøres skriftlig bare er et utgangspunkt. For å avgjøre om skriftlig behandling for ankeinstansen er i overensstemmelse med EMK artikkel 6 nr. 1, må en konkret vurdering av det aktuelle tilfellet gjøres. Herunder er instansens kompetanse i relasjon til saken som søkes fremmet for ankebehandling av avgjørende betydning. Praksis fra EMD viser tydelig at dersom ankeinstansens kompetanse er begrenset til å eksempelvis bare avgjøre rettslige spørsmål, anses muntlig behandling ikke påkrevd etter EMK artikkel 6 nr. 1. Motsetningsvis er det ofte påkrevd med muntlig behandling for ankeinstansen, dersom troverdighetsvurderinger står sentralt. I det følgende vil det redegjøres ytterligere for de momenter som inngår i vurderingen av om muntlig ankebehandling er påkrevd.

### **3.6 Avgjørende momenter i vurderingen av om muntlig behandling på ankeinstansen skal innvilges**

EMD har gjennom sin praksis om EMK artikkel 6 nr. 1 og dens anvendelse på ankeinstansen, fremhevet en rekke viktige vurderingsmomenter. I det følgende skal jeg analysere og redegjøre for de vurderingsmomenter jeg ut fra tolkning av EMD-praksis forstår som avgjørende for om muntlig behandling på ankeinstansen må finne sted, jf. EMK artikkel 6 nr. 1

#### **3.6.1 Ankeinstansens rolle**

Med ankeinstansens rolle forstås blant annet hvilken kompetanse den har. Ved vurderingen av ankeinstansens rolle, må det sees hen til hvor fritt den står til å behandle anken. Et avgjørende moment er om den kan ta stilling til alle sider ved saken. Dersom ankeinstansens kompetanse for eksempel er begrenset til vurdering av lovanvendelsen, vil dette være et moment som taler mot muntlig behandling.

Vurdering av nødvendigheten av muntlig behandling på ankeinstansen, må ses i sammenheng med de hensyn som begrunner muntlig behandling i seg selv. Det er vanskelig å identifisere hensyn som skulle gjøre det påkrevd med muntlig høring, dersom avgjørelsesproseduren kan belyses tilfredsstillende ved skriftlig behandling. Etter mitt syn er instansens rolle et viktig vurderingsmoment ved avgjørelsen om anken skal behandles muntlig. EMD har i sin praksis konsekvent fremhevet at det er avgjørende hva ankeinstansen konkret har kompetanse til å

behandle i det enkelte tilfelle.<sup>63</sup>

Selv i de tilfeller ankeinstansen har kompetanse til å foreta en full gjennomgang både av sakens faktiske og rettslige side, krever ikke EMK artikkel 6 nr. 1 at det alltid gjennomføres muntlig høring.<sup>64</sup> For å illustrere at domstolens rolle og kompetanse er avgjørende for spørsmålet om muntlig ankebehandling, vises det til avgjørelsen *Mutttilainen mot Finland*. Det aktuelle saksforholdet liggende til grunn for avgjørelsen, var at klageren ble oppdaget i det han var i ferd med å begå et tyveri. Videre skal han angivelig med hammer som redskap ha truet politibetjentene som skulle arrestere ham. På dette grunnlag ble vedkommende dømt for forsøk på tyveri, og voldelig motstand mot politiet. Saken bygget på politibetjentenes vitneforklaringer, og ingen tekniske bevis forelå. Avgjørelsen ble anket. Ankeinstansen opprettholdt domfellelsen, uten å la siktede forklare seg for retten. Med bakgrunn i dette konstaterte EMD brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Som grunnlag for konklusjonen, ble særlig ankeinstansens rolle og kompetanse vektlagt. I dette tilfellet hadde ankeinstansen anledning til å vurdere samtlige sider ved saken. Både sakens rettslige og faktiske side skulle vurderes, og følgelig sto ankeinstansen helt fritt i sin vurdering av *Mutttilainens* skyld.

### **3.6.2 Tiltalte må nekte straffskyld fullt ut, og domstolen skal i det konkrete tilfelle foreta ny og fullstendig vurdering av skyldspørsmålet**

I dette avsnittet redegjøres det for hva jeg oppfatter å være det operative og viktigste kriterium for å avgjøre om en anke må behandles muntlig. I *Mtchedlishvili mot Georgia* kommer dette kriteriet til uttrykk i avgjørelsens avsnitt 33, der følgende uttales:

«However, the Court has held that where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence given in person by the

---

<sup>63</sup> *Ekbatani mot Sverige* avsnitt 31

<sup>64</sup> *Mutttilainen mot Finland* avsnitt 23; *Ekbatani mot Sverige* avsnitt 27; *Hermi mot Italia* avsnitt 60 mv.

accused where the latter claims that he has not committed the act alleged to constitute a criminal offence.»

Av uttalelsen kan det konstateres at ankedomstolens kompetanse, som jeg har redegjort for over, er av avgjørende betydning. Domstolen må som kjent stå fritt til å vurdere sakens rettslige så vel som faktiske side. Videre må domstolen ha kompetanse til å foreta en full gjennomgang av skyldspørsmålet i saken. Ankeparten må også nekte å ha begått den straffbare handlingen, dersom han skal kunne påberope seg rett til muntlig behandling av anken. Det er ikke særlig overraskende at tiltalte må nekte å ha begått den straffbare handlingen, for å ha rett på å få anken sin behandlet muntlig. Muntlig behandling skjer med hensikt å belyse saken best mulig. Der tiltalte innrømmer å ha begått den straffbare handling, vil de hensyn som begrunner muntlighet være adskillig mindre tungtveiende.

I tillegg til at domstolen i vid forstand må ha kompetanse til å vurdere ankesakens faktiske og rettslige side, må den ha i oppgave å gjøre det i det konkrete enkelttilfelle. Dersom ankedomstolen er bundet til å for eksempel bare vurdere lovanvendelsen vil ikke behandlingen måtte skje muntlig.<sup>65</sup> Ovennevnte vurderingsmomenter må anses for å være uttrykk for en etablert og sikker rettstilstand. Vurderingsmomentene er kommet til uttrykk i en rekke EMD-avgjørelser avsagt før *Mtchedlishvili mot Georgia*.<sup>66</sup> Videre skal høring av tiltalte i straffesaker være hovedregelen. Om dette uttales det i *Mtchedlishvili mot Georgia* i avgjørelsens avsnitt 33: «The Court has found that in the determination of criminal charges, the hearing of the defendant in person should nevertheless be the general rule. Any derogation from this principle should be exceptional and subjected to a restrictive interpretation (..)»

Hovedregelen når en straffesak skal avgjøres, er følgelig at tiltalte skal høres. Stikkordet her er «determination». Med det forstås *avgjørelse* av tiltaltes straffskyld. Slik jeg tolker utsagnet må det ses i sammenheng med kriteriet om at tiltalte må nekte straffskyld. Det er altså i tilfeller der tiltalte nekter straffskyld fullt ut, og domstolen skal foreta vurdering av skyldspørsmålet, at muntlig behandling er å anse som hovedregelen («the general rule».)

---

<sup>65</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 31; *Muttillainen mot Finland* avsnitt 23 og flere andre avgjørelser.

<sup>66</sup> Se blant annet *Popa and Tanasescu mot Romania* avsnitt 45; *Talaber mot Ungarn* avsnitt 25-26; *Tierce og andre mot San Marino* avsnitt 99-100.



Fravikelse av hovedregelen kan bare skje unntaksvis, og må være underlagt restriktiv tolkning.

### **3.6.3 Hvordan har tiltaltes interesser blitt fremmet og beskyttet?**

I avgjørelser som handler om hvorvidt muntlig ankebehandling skulle vært innvilget, har EMD gjennomgående fremhevet viktigheten av at tiltaltes interesser har blitt presentert og beskyttet i ankeprosessen. Dette kommer blant annet frem i avgjørelsen *Hermi mot Italia*.<sup>67</sup> I dens avsnitt 62 uttales følgende: «Regard must be had (..) to the manner in which the applicant's interests were actually presented and protected before the appellate court, particularly in the light of the nature of the issues to be decided by it»

Hvordan tiltaltes interesser faktisk har blitt beskyttet og presentert, er altså et viktig moment i vurderingen av om anken skal behandles muntlig. Den nærmere rekkevidden av dette er vanskelig å angi presist. Mitt inntrykk er at EMD ofte nevner at det må tas hensyn til om tiltaltes interesser er blitt beskyttet, uten å la dette vurderingsmomentet få umiddelbar betydning for avgjørelsen i den konkrete sak. Uten nærmere angivelse av *hva* som menes med utsagnet, er det vanskelig å vite hvilken vekt det har når det skal omsettes i praksis. På bakgrunn av praksis fra EMD, er det under enhver omstendighet klart at nektelse av muntlig ankebehandling ikke kan skje uten at tiltaltes interesser på tilfredsstillende måte har blitt beskyttet. Etter mitt syn er det i mange tilfeller vanskelig å se for seg hvordan nektelse av muntlighet på ankestadiet kan rettferdiggjøres under henvisning til at tiltaltes interesser har blitt fremmet og beskyttet. Det er likevel fullt mulig å forestille seg at det i enkelte situasjoner kan være tilfelle. Hvilke kompensierende faktorer som i et gitt tilfelle kan rettferdiggjøre unnlattelse av muntlig ankebehandling der tema er troverdighetsvurderinger, er et spørsmål jeg velger å ikke forfølge videre i denne avhandlingen.

---

<sup>67</sup> Se også *Helmerts mot Sverige* avsnitt 32; *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 31; *Popovici mot Moldova* avsnitt 66 mv.

### **3.7 Ytterligere momenter i vurderingen av om muntlig ankebehandling er påkrevd.**

Under dette punktet redegjør jeg for momenter EMD har lagt til grunn ved spørsmål om muntlighet på ankestadiet, uten at momentene uttrykkelig har blitt ansett som avgjørende for den enkelte saks utfall. Selv om momentene ikke nødvendigvis kan anses for å være avgjørende, er de gjentatte ganger nevnt og vektlagt i EMDs praksis. Derfor er det ingen tvil om at momentene er viktige for å avklare i hvilke tilfeller ankesaker må avgjøres etter muntlig behandling.

#### **3.7.1 Mulig stigma knyttet til domfellelse taler for muntlig ankebehandling**

I hvor stor grad den idømte straff anses stigmatiserende, er sentralt i vurderingen av om behandlingen for ankeinstansen skal skje muntlig. I *Talaber mot Ungarn* var saksforholdet at en mann var domfelt for ordensforstyrrelse og vandalisme. Han risikerte fengselsstraff, men slapp unna med bot på 337 euro. Videre ble forbrytelsene han hadde begått, vurdert til å tilhøre «the core criminal law».<sup>68</sup> Forbrytelsens art og risiko for fengselsstraff sett under ett, ble ansett å kunne utgjøre grunnlag for betydelig stigmatisering av domfelte. I denne saken konstaterte EMD brudd på artikkel 6 nr. 1 på bakgrunn av at klagerens ble nektet å forklare seg direkte for ankeinstansen. Den stigmatiserende virkning idømt straff kunne ha for vedkommende, inngikk i vurderingen av om anken skulle blitt behandlet muntlig.

Uttalelsen i *Talaber mot Ungarn* skapte tilsynelatende presedens. I *Mtchedlishvili mot Georgia* vises det til uttalelsen i førstnevnte dom omhandlende straffens stigma. Vurderingen av om straffen som risikeres tilhører «the core criminal law» må antakelig betraktes som motsetningen til de mer bagatellmessige lovovertrедelser. Hva som er bagatellmessig, vil nok variere innad i konvensjonsstatene. En nøyaktig angivelse av typetilfellene som virker stigmatiserende kan neppe gjøres, men det må være rimelig å ta utgangspunkt i at fengselsstraff som hovedregel medfører et visst stigma.

---

<sup>68</sup> *Talaber mot Ungarn* avsnitt 27

### 3.7.2 Hensynet til domstolenes saksmengde og retten til å få saken avgjort innen rimelig tid inngår i vurderingen av muntlighet på ankestadiet

Enhver straffesak kan, etter mitt skjønn, reduseres til en avveining av de forskjellige aktørenes interesser. Det skal tas hensyn til tiltalte på den ene siden, og fornærmede på den annen side. Men også samfunnets interesser i et mer overordnet perspektiv må det tas hensyn til. Ingen rettssystemer har ubegrenset med ressurser, og uforholdsmessig stor ressursbruk i enkelte saker, vil nødvendigvis medføre færre ressurser til andre saker. I *Mtchedlishvili mot Georgia* uttales følgende i avsnitt 32:<sup>69</sup>

«(..)there are other considerations, including the right to trial within a reasonable time and the related need for expeditious handling of the domestic courts' caseload, which must be taken into account in determining the necessity of a public hearing at stages in the proceedings subsequent to the trial at first instance.»

Av dette utsagnet kan man konstatere at retten til å få saken sin avgjort innen rimelig tid, samt hensynet til saksmengden liggende på vent for domstolene, må tas med i vurderingen av hvorvidt muntlig behandling for ankedomstolen i det konkrete tilfelle er påkrevd. Disse hensyn ivaretar vesensforskjellige interesser. Retten til å få sin sak avgjort innen rimelig tid, er primært en rettighet for den som er utsatt for straffeforfølgning. Likevel må det være klart at det kommer samfunnet som helhet til gode at straffesaker får sin ende innen rimelig tid.

Vektleggingen av domstolens saksmengde ivaretar mer overordnede samfunnshensyn. Men det at saksmengden for domstolen må holde et rimelig nivå, vil tross alt komme den enkelte til gode der han er utsatt for straffeforfølgning. Det kan antas at rettssikkerheten for den enkelte er mer tilfredsstillende når domstolene har tid og ressurser til å sette seg grundig inn i enkeltsaker. Uansett er det nok, som en hovedregel, ønskelig for tiltalte å få lov til å forklare seg muntlig for retten. For tiltalte vil hensynet til å få avgjort saken innen rimelig tid, neppe være særlig tungtveiende, dersom det går på bekostning av hans mulighet til å forklare seg om saken.

---

<sup>69</sup> Se også *Muttillainen mot Finland* avsnitt 23; *Hermi mot Italia* avsnitt 80, mv.

I hvor stor grad ovennevnte hensyn kan vektlegges når man skal vurdere viktigheten av muntlig høring for ankeinstansen, er uklart. Avgjørelsen *Mutttilainen mot Finland* gir likevel en pekepinn. Denne saken gjaldt for ordens skyld to tiltalepunkter, der straffskyld for det ene ble bestridt. Tiltalepunktet som ble bestridt, gjaldt som nevnt under punkt 3.6.1 trusler mot politiet og motsettelse av arrest.<sup>70</sup> Klageren ble i førsteinstans idømt seks måneders fengsel, som ankeinstansen reduserte til tre. Klageren fikk som nevnt ikke avgi muntlig forklaring for ankeinstansen. Hensynet til instansens saksmengde, og retten til å få saken avgjort innen rimelig tid ble av finske myndigheter anført som argument for unnlatt muntlig behandling for ankeinstansen.<sup>71</sup> Anførselen førte ikke frem, og det ble konstatert krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1. På denne bakgrunn kan man trekke den slutning at finske myndigheters påberopelse av hensynet til å få saken avgjort innen rimelig tid — og instansens saksmengde — ikke kunne rettferdiggjøre nektelse av klagerens rett til å uttale seg muntlig for ankeinstansen. Seks måneders fengsel ble som nevnt idømt i første instans. Dette indikerer at hensynet til å få saken avgjort innen rimelig tid, og hensynet til instansens saksmengde neppe er tungtveiende nok til at ankesaker i dette alvorlighetssjiktet, kan avgjøres uten at tiltalte får forklare seg muntlig. Hvor grensen konkret skal trekkes, er imidlertid vanskelig å uttale med sikkerhet.

### **3.8 Sammenfatning av de momenter som inngår i EMDs vurdering av om anke skal behandles muntlig**

Hittil har jeg foretatt en gjennomgang av EMK artikkel 6 nr. 1. Det er, som vist, en rekke momenter som inngår i vurderingen av om anke over domfellelse bygget på troverdighetsvurderinger kan nektes fremmet. Hvor stor vekt hvert moment skal tillegges, kan trolig ikke besvares generelt. Variasjonen mellom ankesaker, også de som har til felles at domfellelse bygger på troverdighetsvurderinger, er naturligvis stor. Utgangspunkt må tas i den enkelte sak, hvor vurderingen har en objektiv- og en subjektiv side. Saksforholdet må være slik at de hensyn som begrunner muntlig behandling for instansene generelt, gjelder på samme måte ved behandling av anken. Langvarig og konsekvent praksis fra EMD etterlater ingen tvil om at rettslige spørsmål kan behandles skriftlig. Men selv der retten skal ta stilling

---

<sup>70</sup> *Mutttilainen mot Finland* avsnitt 7 og 8

<sup>71</sup> *Mutttilainen mot Finland* avsnitt 20

til sakens faktiske side, oppstiller ikke EMK artikkel 6 nr. 1 ubetinget krav om muntlig behandling for ankeinstansen. Ankeinstansens kompetanse står sentralt. Der den står fritt til å ta stilling til både faktum og rettsspørsmålene, med sikte på å foreta full gjennomgang av skyldspørsmålet, skal behandlingen foregå muntlig. Ytterligere en forutsetning for muntlig behandling, er at tiltalte nekter straffskyld fullt ut. Videre må det vises til hvor stigmatiserende forventet straffereaksjon vil være for den som dømmes. Dersom forventet straffereaksjon i liten grad medfører stigma, taler det mot å gjennomføre muntlig behandling for ankeinstansen. Avgjørelsesetema er videre bestemmende for om anke kan nektes fremmet til muntlig ankebehandling. Vurderinger av tiltaltes, fornærmedes eller øvrige vitners personlighet og karakter, vil i stor grad måtte avgjøres på bakgrunn av muntlig behandling av anken.

## **4 Er uttalelsene Høyesterett kommer med i HR-2021-2058-A i tråd med EMK artikkel 6 nr. 1 og tilhørende praksis fra EMD?**

Til nå i avhandlingen har jeg redegjort for straffeprosessloven § 321 annet ledd og dens nærmere innhold. Jeg har også analysert praksis fra EMD. Dette har jeg gjort for å få klarhet i hvilke krav til muntlighet som stilles ved behandling av anke over domfellelse bygget på troverdighetsvurderinger. Herunder har jeg identifisert og redegjort for de momenter EMD vektlegger ved avgjørelsen av om anke skal behandles muntlig. Jeg har tatt utgangspunkt i HR-2021-2058-A, da den gir en prinsipiell redegjørelse for anvendelsen av straffeprosessloven § 321 annet ledd og dens nærmere innhold. Avhandlingens utgangspunkt er at kjennelsen i det vesentlige klargjør- og utdyper den internrettslige adgangen for lagmannsretten til å nekte anker fremmet. Når målet med kapittelet er å vurdere om skriftlig ankesiling kan skje innenfor rammene av EMK artikkel 6 nr. 1, er det opplagt at Høyesteretts uttalelser i kjennelsen må vurderes opp mot analysert praksis fra EMD. Ved å foreta denne vurderingen, vil jeg vise at Høyesteretts forståelse av EMK artikkel 6 nr. 1 i noen grad kan kritiseres. Høyesterett synes i kjennelsen å bestride at EMK artikkel 6 nr. 1 er å forstå slik at den gir rett til muntlig behandling ved anke over domfellelse bygget på troverdighetsvurderinger. Mitt utgangspunkt, basert på analyse av praksis fra EMD angående muntlig ankebehandling, er som nevnt at EMK artikkel 6 nr. 1 i mange tilfeller gir ubetinget rett til muntlig ankebehandling

### **4.1 Harmonerer Høyesteretts uttalelser med EMK artikkel 6 nr.1 og tilhørende praksis?**

Hensikten med å vise til likhetene mellom saksforholdet i henholdsvis *Mtchedlishvili mot Georgia* og HR-2021-2058-A, er å få frem at Høyesterett og EMD i stor grad gjør de samme vurderingene for å komme frem til at muntlig høring for ankeinstansen skulle funnet sted. Dette til tross for at Høyesterett avviser at opphevelsen av lagmannsrettens beslutning om ankenektelse bygger på muntlighetskravet etter EMK artikkel 6 nr. 1 og tilhørende praksis fra EMD. Kjernen i begge avgjørelsene, oppsummert, er at de omhandler spørsmål som ikke kan belyses tilfredsstillende gjennom skriftlig behandling.

I avgjørelsen HR-2021-2058-A gjorde forsvareren og partshjelperen advokatforeningen (som nevnt under avhandlingens punkt 1.1) gjeldende at ankenektelse med den virkning at siktede ikke får avgi forklaring for retten, krever at det foreligger en helt spesiell situasjon.<sup>72</sup> Til støtte for sitt syn viste de til uttalelsen i avsnitt 33 i *Mtchedlishvili mot Georgia*, der det fremgår at unnlatt muntlig ankebehandling skal være «exceptional». Med «exceptional» forstås at det unntaksvis kan skje. Høyesterett tok ikke anførselen til følge, og uttalte i avsnitt 55 følgende:

«Etter min oppfatning kan et slikt kriterium ikke anvendes på ordningen etter straffeprosessloven § 321 andre ledd. *Mtchedlishvili*-dommen gjaldt ikke en ankesilingsordning, men spørsmål om å gjennomføre en fullstendig ankebehandling uten at den siktede fikk anledning til å avgi forklaring. Uttalelsene i avsnitt 33 må forstås i lys av dette.»

Etter mitt skjønn er det grunn til å komme med noen merknader til denne uttalelsen. Hvorvidt *Mtchedlishvili mot Georgia* kan sies å gjelde en ankesilingsordning, er etter min oppfatning ikke nødvendigvis avgjørende for at den kan ha overføringsverdi til norsk rett. EMKs medlemsstater har vidt forskjellige ankeordninger. Etter mitt skjønn kan nok rubrisering ha noen åpenbare pedagogiske og analytiske fordeler, men det virker anstrengt om slike modeller skal styre den konkrete tilnærmingen til EMKs krav. Det avgjørende må være ordningens faktiske innhold og virkning for den enkelte borger. Hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på ankesaker der domfellelse i første instans bygger på troverdighetsvurderinger beror ikke på nasjonal rubrisering. Spørsmålet må avgjøres med utgangspunkt i det konkrete saksforhold.

Høyesteretts uttalelse om at det i *Mtchedlishvili mot Georgia* var spørsmål om å gjennomføre en fullstendig ankebehandling uten at den tiltalte fikk anledning til å avgi forklaring, er videre noe vanskelig å forstå. Slik jeg leser avgjørelsen er det vanskelig å finne holdepunkter for å si at det i avgjørelsen var spørsmål om å gjennomføre fullstendig ankebehandling uten at tiltalte fikk være tilstede. I førsteinstans ble kvinnen dømt til ni års fengsel den 14. februar. En måned senere, den 14. mars, anket hun dommen. Deretter kom hun med en forespørsel til

---

<sup>72</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 54

ankedomstolen om å gjennomføre en muntlig høring for å belyse saken.<sup>73</sup> Hennes forespørsel ble avvist uten begrunnelse. Ingen muntlig høring ble gjennomført.<sup>74</sup> Anke­domstolen omtalt i dommen som Kutaisi Court of Appeal opprettholdt førsteinstansens avgjørelse fullt ut.<sup>75</sup> Jeg kan vanskelig se at Høyesteretts uttalelse om at dommen handlet om å gjennomføre en fullstendig ankebehandling uten at siktede fikk avgi forklaring er treffende. Anke­domstolen gav som nevnt ingen begrunnelse for hvorfor forespørselen om muntlig høring ble avvist. Derimot ble avvisningen av anken i seg selv begrunnet med at anførselene hennes var lite overbevisende og motstridende.<sup>76</sup>

Anke­domstolen tok til en viss grad stilling til sakens realiteter, før det ble bestemt at dom avsagt i første instans skulle opprettholdes fullt ut. Denne saken vekker for min del unektelig assosiasjoner til den skriftlige forhåndsvurdering lagmannsretten foretar ved ankesiling. Ankesilingens kjerne er at det foretas skriftlig forhåndsvurdering av ankens utsikter til å vinne fram. I *Mtchedlishvili mot Georgia* vil jeg mene at måten anke­domstolen behandlet anken på, i stor grad kan sammenlignes med hvordan ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd skjer. Likheten er særlig å finne i det faktum at behandlingsmåten er skriftlig.

I avsnitt 46 i HR-2021-2058-A siterer Høyesterett avsnitt 30 og 31 fra *Mtchedlishvili mot Georgia*. Disse avsnittene oppsummerer EMDs utgangspunkt om at anvendelsen av EMK artikkel 6 nr. 1, og dens anvendelse på ankestadiet avhenger av «the special features of the proceedings involved», og at «account must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein.» Som jeg har redegjort for tidligere under avhandlingens punkt 3.3.1 må sitatene utelukkende anses som EMDs utgangspunkter for å vurdere om muntlig behandling for anke­domstolen skulle vært innvilget. Utgangspunktene kan vanskelig legges til grunn med bestemmende virkning der siktemålet er å avgjøre om muntlig høring for anke­domstolen skulle vært gjennomført i den enkelte sak.

Etter at EMD i avsnitt 31 utfyllende har redegjort for utgangspunktene som må legges til

---

<sup>73</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 17

<sup>74</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 19

<sup>75</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 19 andre punktum

<sup>76</sup> *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 20



grunn for å avgjøre om EMK artikkel 6 nr. 1 får anvendelse på ankestadiet, redegjøres det nærmere i avsnitt 33 for hvilke sakstyper som fordrer siktedes muntlige forklaring på ankestadiet. Høyesterett siterer ikke avsnitt 33, enda det her etter mitt syn redegjøres klart for når siktede på ankestadiet skal få lov til å uttale seg direkte for retten. Jeg vet ikke hvorfor Høyesterett i kjennelsen lar være å sitere *Mtchedlishvili-dommens* avsnitt 33. Det lyder slik:

«However, the Court has held that where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence given in person by the accused where the latter claims that he has not committed the act alleged to constitute a criminal offence (see *Ekbatani*, cited above, § 32; *Dondarini v. San Marino*, no. [50545/99](#), § 27, 6 July 2004; and *Popovici*, cited above, § 68). The Court has found that in the determination of criminal charges, the hearing of the defendant in person should nevertheless be the general rule. Any derogation from this principle should be exceptional and subjected to a restrictive interpretation (see *Popa and Tănăsescu v. Romania*, no. [19946/04](#), § 46, 10 April 2012; see also *Talabér*, cited above, §§ 25-26, with further references).»

I avsnitt 33 fremgår det jeg har benevnt som det «operative vilkåret» for å avgjøre om muntlig behandling av ankesaken må innvilges. Her heter det i min norske oversettelse at der ankeinstansen skal undersøke sakens faktiske og rettslige side og foreta en full gjennomgang av siktedes straffskyld der han nekter dette, kan den ikke etter fair trial-standarden avgjøre disse spørsmålene uten å la vedkommende forklare seg direkte for retten. Etter mitt syn mister Høyesterett et viktig perspektiv når det velges å sitere EMDs utgangspunkter om hvilke sakstyper som fordrer muntlig behandling på ankestadiet, uten å samtidig redegjøre for hovedregelen.

Saksforholdet som kjennelsen HR-2021-2058-A handler om, har etter mitt syn mange likhetstrekk med de saker der EMD har konstatert krenkelse ved å unnlate muntlig behandling på ankestadiet. Saken bygger i det vesentlige på troverdighetsvurderinger, og da særlig troverdigheten til fornærmedes forklaringer. Men, det er også et betydelig innslag av forskjellige indisier. Fornærmede hadde skader, som godt kunne vært forenlig med voldtekt – noe siktede ble dømt for i tingretten. Skadene beviser imidlertid ikke at voldtekt har funnet

sted, slik tingretten også konkluderte med. Her mener jeg at det godt kan trekkes en parallell til *Mtchedlishvili mot Georgia*, som oppsummerer EMD-praksis om muntlighet på ankestadiet når domfellelse i første instans bygger på troverdighetsvurderinger. Som nevnt tidligere i avhandlingen ble domfellelsen av kvinnen i det vesentlige bygget på troverdighetsvurderinger av henne, men også av andre vitner. Heller ikke her er troverdighetsvurderinger det *eneste* grunnlaget for domfellelse. Ulike typer indisier, eksempelvis beslag av ulovlige substanser innenlands, lå til grunn for domfellelsen for innførsel av ulovlige substanser. Domfellelse for selve innførselen, som var det springende punkt i *Mtchedlishvili mot Georgia*, ble hovedsakelig bygget på troverdighetsvurderinger.

## **4.2 Hvorfor vurderer Høyesterett om ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd tilsvarer det EMD benevner «leave-to-appeal»?**

Ved fastleggelsen av hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 1 gir rett til muntlig behandling for ankeinstansen, gikk Høyesterett i kjennelsen inn på en vurdering av om ordningen etter straffeprosessloven § 321 annet ledd kunne rubriseres som det EMD i en rekke avgjørelser kaller «leave-to-appeal» (anketillatelse). I kjennelsens avsnitt 51 konkluderes det likevel med at det er uklart hvorvidt ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd skal ansees som en slik ordning. Uklarheten om hvorvidt en «leave-to-appeal»-ordning foreligger, anses likevel ikke av Høyesterett som avgjørende. Høyesterett faller endelig tilbake på det overordnede krav om at rettergangen skal være rettferdig. Det fremgår ikke klart av kjennelsen hvorfor Høyesterett i det hele tatt gikk inn i vurderingen av hvorvidt ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd er å anse som «leave-to-appeal». En mulighet er at Høyesterett kan ha holdt muligheten åpen for at ankesiling er å regne som «leave-to-appeal». Sett at det ble konkludert slik, kunne det nok ha pekt i retning av at krav til muntlig behandling ved anke over domfellelse bygget på troverdighetsvurderinger, ikke kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1.

Jeg mener likevel at Høyesterett ikke hadde trengt å gå inn på vurderingen av om ankesiling er å anse som «leave-to-appeal». Som jeg i punkt 3.3.1 har redegjort for, er EMDs inndeling mellom «leave-to-appeal» og andre avgjørelser tilsynelatende bare et utgangspunkt. Dette utgangspunktet kan ikke legges til grunn med avgjørende virkning for enkeltsaker. Hvorvidt en anke kan behandles og avgjøres skriftlig, må som jeg har redegjort for i punkt 3.3.1, bero

på en helhetsvurdering der mange momenter inngår. Det er riktig at selve vurderingen av om anketillatelse skal gis kan gjøres skriftlig uten at det vil foreligge brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Essensen i at vurderingen av om anketillatelse skal gis kan gjøres skriftlig, er at dersom ankeparten klarer å peke på omstendigheter som gir oppfordring til fullstendig muntlig behandling, så skal dette innvilges. Muntlig behandling av anken skal derfor skje, hvis det konkrete saksforholdet er slik at det krever muntlig behandling for å belyses tilfredsstillende.<sup>77</sup>

For øvrig må det nevnes at ankesilingsordningen blir kalt ulike ting i intern norsk rett<sup>78</sup> Det har vært en viss oppmerksomhet rundt spørsmålet, eksempelvis da ankesilingsordningen ble innført med to-instansreformen fra 1995.<sup>79</sup> Det kan være mange årsaker til at det har vært lite oppmerksomhet rundt begrepet «leave-to-appeal», og dets mulige betydning for praktiseringen av den norske ankesilingsordningen. Begrepet «leave-to-appeal» har gjennomgående blitt sitert i EMDs avgjørelser omhandlende anvendelsen av EMK artikkel 6 nr. 1 på ankestadiet. Basert på min analyse av EMD-praksis på området, er inntrykket at heller ikke EMD selv i mange tilfeller redegjør for begrepets nærmere innhold. Slik jeg ser det, har det gode grunner for seg at verken EMD eller norske domstoler har brukt mye tid på å fastlegge begrepets innhold. Dette peker videre i retning av at begrepet muligens ikke skal vektlegges i særlig grad. Slik jeg har påvist, er EMD pragmatisk. Graden av faktumsbedømmelse og domstolens kompetanse er blant de vektige kriterier for å avgjøre om en anke skal behandles muntlig. Det får som følge at rubrisering av ankeordningen vektlegges mindre.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Se Monnell og Morris mot Storbritannia avsnitt 57 der det redegjøres for begrepet «leave-to-appeal».

<sup>78</sup> Se blant annet Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 65; Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 111 og Rt. 2010 s. 274 avsnitt 47, samt avsnitt 56-58.

<sup>79</sup> HR-2021-2058-A avsnitt 50

<sup>80</sup> Se *Bulut mot Østerrike* avsnitt 42 og *Mtchedlishvili mot Georgia* avsnitt 33.

### **4.3 Høyesteretts uttalelser i HR-2021-2058-A vurdert opp mot praksis fra EMD**

Til tross for at Høyesterett avviser at EMK artikkel 6 nr. 1 gir rett for siktede til å avgi muntlig forklaring for ankesdomstolen, er det store likheter mellom Høyesteretts uttalelser om praktisering av ankesiling, og EMDs utsagn om praktiseringen av EMK artikkel 6 nr. 1 på ankestadiet. I kjennelsens avsnitt 33 uttaler Høyesterett at sakens konkrete bevisbilde er avgjørende for om muntlig ankebehandling skal skje. Videre uttales det i den samme kjennelsen (avsnitt 33) at i de tilfeller der fornærmedes forklaring er hovedgrunnlag for tingrettens domfellelse, er det i mange tilfeller ikke forsvarlig å avgjøre ankesaken uten muntlig behandling i lagmannsretten. Her utelukker Høyesterett likevel ikke i at saker der fornærmedes forklaring er hovedgrunnlag for domfellelse, kan siles ved skriftlig behandling. Høyesterett sier imidlertid ingen ting om hvor terskelen ligger. Det må anses å ligge i sakens natur at det ikke lar seg gjøre å angi nøyaktig hvilke saker som krever muntlig ankebehandling. Til det er straffesakene som ankes altfor mangefasetterte. Høyesterett nevner videre i avsnitt 33 at det typisk er saker der det foreligger fellende tekniske bevis, som kan avgjøres ved skriftlig og forenklet behandling. Det uttales for ordens skyld videre i avsnitt 33 at skriftlig behandling ikke er begrenset til slike tilfeller.

Høyesterett opphevet lagmannsrettens ankenektelse i saken. I kjennelsens avsnitt 65 uttales det at bevisbildet i den konkrete saken er slik at reell overprøving vanskelig kan skje uten muntlig ankeforhandling der tiltalte, fornærmede og øvrige vitner får uttale seg. Det konkrete saksforholdet som ligger til grunn for Høyesteretts kjennelse, må langt på vei betraktes som en typisk sak der ord står mot ord. Kjennelsen må etter mitt syn tas til inntekt for at det skal svært mye til for å nekte en anke fremmet dersom domfellelsen i tingretten hovedsakelig bygger på troverdighetsvurderinger. For å oppsummere rettstilstanden på området i intern norsk rett, må det utvilsomt være dekning for å hevde at terskelen for å unnlate muntlig ankebehandling i saker der domfellelse i tingretten bygger på troverdighetsvurderinger, er høy. Et forsøk på å etablere en mer nøyaktig terskel vil imidlertid kun resultere i spekulasjoner.

## 5 Oppsummering

I denne avhandlingen har jeg gjennomgått relevant praksis fra EMD og Høyesterett, med hensikt å klargjøre hvilke krav til muntlig behandling på ankestadiet som kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1. Dette har jeg gjort for klargjøre hvilke rammer lagmannsrettens ankesiling etter straffeprosessloven § 321 annet ledd må holde seg innenfor. Spørsmålet om muntlighet på ankestadiet fikk økt aktualitet med endringen av straffeprosessloven § 321, der det tidligere unntaket for «seksårssakene» ble opphevet. Endringen medførte at grunnleggende rettssikkerhetsspørsmål fikk økt aktualitet. I lys av kildene avhandlingen har tatt utgangspunkt i må det etter min vurdering anses som en klar hovedregel at anker over domfellelser bygget på troverdighetsvurderinger ikke kan nektes fremmet innenfor rammene av EMK artikkel 6 nr. 1.

## **Referanseliste**

### **Norske lover**

- 1814 Lov 15. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov
- 1981 Lov av 22. mai nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker  
(straffeprosessloven)
- 1999 Lov av 21.mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes  
stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov om straff av 2005 (Straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile  
tvister (tvisteloven)

### **Norske rettsavgjørelser**

- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 2008 s. 1764
- Rt. 2009 s. 1118
- Rt. 2009 s. 1590
- Rt. 2010 s. 274
- HR-2020 1269-U
- HR 2020 s 1868-U
- HR-2021-2058-A (prinsippavgjørelse)
- HR 2020 s. 2287-U

HR 2022 s. 540-U

## **Forarbeider**

NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov*

Prop. 53 L (2018-2019) *Endringer i straffeprosessloven mv.*

Ot. Prp. Nr. 78 (1992-1993) *Om lov om endringer i straffeprosessloven*

Innst. 305 L (2018-2019) *Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeprosessloven mv.*

Ot. Prp. Nr 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*

## **Internasjonale konvensjoner**

Statute of the International Court of Justice, trådt i kraft 24. oktober 1945 (ICJ-statuttene)

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettigheter og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Vienna Convention on the Law of Treaties, vedtatt 23. mai 1969, ikrafttredelse 27. januar 1980.

## **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)**

*Delcourt mot Belgia* 17/01/1970 (klagenummer [2689/65](#))

*Engel m.fl mot Nederland* 08.06.1976 (klagenummer 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Series A no.22 1977 para 82.

*Monnell and Morriss mot Storbritannia* (1987) (klagenummer. 9562/81; [9818/82](#)) 02/03/1987

*Ekbatani mot Sverige* 26.05.1988 (klagenummer. [10563/83](#))

*Helmers mot Sverige* 29.10.1991 (klagenummer. [11826/85](#))

*Fejde mot Sverige* 29.10.1991 (klagenummer [12631/87](#))

*Bulut mot Østerrike* 22.02.1996 (klagenummer [17358/90](#))

*Mutttilainen mot Finland* 22.05.2000 (klagenummer [18358/02](#))

*Tierce og andre mot San Marino* 25.07.2000 (klagenummer [24954/94](#), [24971/94](#) og [24972/94](#))

*Hermi mot Italia* 18.10.2006 (klagenummer [18114/02](#))

*Popovici mot Moldova* 27.11.2007 (klagenummer [289/04](#) og [41194/04](#))

*Seliwiak mot Polen* 21.07.2009 (klagenummer [3818/04](#))

*Talaber mot Ungarn* 29.09.2009 (klagenummer [37376/05](#))

*Popa and Tanasescu mot Romania* 10.04.2012 (klagenummer [19946/04](#))

*Hansen mot Norge* 02.10.2014 (klagenummer [15319/09](#))

*Magyar Helsinki Bizottsag mot Ungarn* 08.11.2016 (klagenummer [18030/11](#))

*Mtchedlishvili mot Georgia* 25.02.2021 (klagenummer [894/12](#))

*X mot Nederland* 27.07.2021 (klagenummer [72631/17](#))

## **Juridisk litteratur**

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, 1. opplag, Fagbokforlaget 2018.

Bernt, Jan Fridthjof., & Doublet, David R, *Vitenskapsfilosofi for jurister: en innføring*, 1. utg., Fagbokforlaget 1998.

Elgesem, Frode, «Tolking av den europeiske menneskerettskonvensjonen» *Jussens venner* 2021, s. 441-487.

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 1. utg., 2. opplag, Fagbokforlaget 2017.



## Nettressurser

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/-riktig-og-klokt-a-utvide-ankesilingsordningen> (lest 1.mai 2022).

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/-et-svik-i-forhold-til-juryavviklingen> (lest 1.mai 2022).

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/domstolene-vil-ha-sterkere-ankesiling--brukerne-sier-nei> (lest 1.mai 2022).

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/fire-av-ti-seksarssaker-nektes-fremmet-i-borgarting> (lest 1.mai 2022).

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/forst-ble-anken-nektet-fremmet--na-er-mannen-likevel-frikjent-for-voldtektene> (lest 1.mai 2022).

Kolsrud, Kjetil, *Rett24*, <https://rett24.no/articles/hoyesterett-opphever-lagmannsrettens-ankenektelse-i-6-ars-sak> (lest 1.mai 2022).

Letvik, Tore, *Juristen*, <https://juristen.no/nyheter/2019/06/lagmanns%C2%ADretten-blir-trolig-f%C3%A5-nektelser-av-skyld%C2%ADanker> (lest 1.mai 2022).

