



NORGES HØYESTERETT

Den 12. juni 2009 avsa Høyesterett i dom i

HR-2009-01192-P, (sak nr. 2009/397), straffesak, anke over dom,

A

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(riksadvokat Tor-Aksel Busch)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens dom i en straffesak om blant annet forsøk på drap, og reiser særlig spørsmål om det er i strid med retten til en rettferdig rettergang eller retten til overprøving av en straffedom at skyldspørsmålet er avgjort av lagretten – juryen – uten begrunnelse.
- (2) A ble ved tiltalebeslutning utferdiget av statsadvokatene i Oslo 31. august 2007 tiltalt for overtredelse av en rekke straffebud. Post III i tiltalebeslutningen lød:

”III Straffeloven § 233, jf. § 49
For å ha forsøkt å forvolde en annens død.

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til disse:

Nr. 1 A:

a) Tirsdag 31. januar 2006 ca. kl. 00:25 i ---veien -- i X, etter å ha forsøkt å inndrive penger fra B uten at pengene ble betalt til ham, fikk han en for politiet ukjent person til å avfyre ca. 11 skudd med UZI 9 mm maskinpistol mot boligen til B hvor B og hans nærmeste familie befant seg. Flere av

skuddene gikk gjennom veggen og inn i boligen. Han lyktes ikke i sitt forsøk da ingen ble truffet av skuddene.

Nr. 1 A:

b) Til tid og på sted som beskrevet i post IIIa, forholdt han seg som der beskrevet overfor C.

Nr. 1 A:

c) Til tid og på sted som beskrevet i post IIIa, forholdt han seg som der beskrevet overfor D.

Nr. 1 A:

d) Til tid og på sted som beskrevet i post IIIa, forholdt han seg som der beskrevet overfor E.

Nr. 1 A:

e) Fredag 11. august 2006 ca. kl. 02:00 i -----veien -- i Y, avfyrte han i alt 17 skudd med Scorpion ca. 7,65 maskinpistol og en revolver eller pistol cal. 38 mot boligen til F som lå og sov. Flere av skuddene gikk gjennom veggen og inn i boligen. Han lyktes ikke i sitt forsøk da F ikke ble truffet av skuddene.”

- (3) Oslo tingrett avsa 3. juni 2008 dom i straffesaken mot A og to medtiltalte. For A har dommen slik domsslutning:

- ”3. A, født 9. 8.1977, frifinnes for tiltalen post I, II, III e og IV.
4. A, født 9.8.1977, dømmes for overtredelse av straffeloven § 233 jfr. § 49, straffeloven § 292 jfr. § 291, straffeloven § 227 annet straffalternativ jfr. § 232 tredje punktum, straffeloven § 161, våpenloven § 33 første ledd annet punktum jfr. annet ledd jfr. tredje ledd jfr. § 27 b annet ledd og straffeloven § 171 nr. 2, til forvaring med en tidsramme på 8 – åtte – år og en minstetid på 4 – fire – år, jfr. straffeloven § 39c nr. 1. I tidsrammen og minstetiden fragår 655 – sekshundreogfemtifem – dager for utholdt varetekt.
5. A, født 9.8.1977, dømmes til å betale erstatning til Gjensidige forsikring med 63 971 – sekstitretusenihundreogsyttien – kroner, til Det Mosaiske Trossamfund med 15 000 – femtentusen – kroner, til Gjensidige forsikring med 28 333 – tjueåttetusentrehundreogtrettitre – kroner, til F med 3000 – tretusen – kroner, til If skadeforsikring med 118 361 – hundreogåttetusentrehundreogsekstien – kroner og til G med 6000 – sekstusen – kroner.
Oppfyllelsesfristen er 14 dager fra dommens forkynnelse.”

- (4) A anket til Borgarting lagmannsrett. Anken gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalen post III a – d, straffutmålingen og erstatningene knyttet til de samme postene. Påtalemyndigheten motanket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalen post III e.
- (5) Lagmannsretten var ved ankeforhandlingen satt med lagrette, jf. straffeprosessloven § 352. Lagretten ble forelagt følgende spørsmål:

”Spørsmål 1 – hovedspørsmål

(For å svare ja på dette spørsmål kreves flere enn 6 stemmer.)

Er tiltalte A skyldig i å ha forsøkt å forvolde en annens død?

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til disse:

Tirsdag 31. januar 2006 ca. kl. 00:25 i ---veien -- i X, etter å ha forsøkt å inndrive penger fra B uten at pengene ble betalt til ham, fikk han en for politiet ukjent person til å avfyre flere skudd med 9 mm maskinpistol mot boligen til B hvor B og hans nærmeste familie befant seg. Flere av skuddene gikk gjennom veggen og inn i boligen. Han lyktes ikke i sitt forsøk da ingen ble truffet av skuddene.

Spørsmål 2 – hovedspørsmål

(For å svare ja på dette spørsmål kreves flere enn 6 stemmer.)

Er tiltalte A skyldig i å ha forsøkt å forvolde en annens død?

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til disse:

Fredag 11. august 2006 ca. kl. 02:00 i -----veien -- i Y, avfyrte han flere skudd med cal. 7,65 maskinpistol og en revolver cal. 38 mot boligen til F som lå og sov. Flere av skuddene gikk gjennom veggen og inn i boligen. Han lyktes ikke i sitt forsøk da F ikke ble truffet av skuddene.”

- (6) Lagretten svarte nei på det første spørsmålet og ja på det andre. Lagrettens kjennelse ble lagt til grunn for dommen, og Borgarting lagmannsrett avsa 20. februar 2009 dom med slik domsslutning:

- ”1. A, født 9. august 1977, frifinnes for overtredelse av straffeloven § 233 jf § 49 – tiltalen post III a) – d).
2. Oslo tingretts domfellelse av A for overtredelse av straffeloven § 227 jf § 232 – tiltalen post VI – oppheves og A frifinnes.
3. A, født 9. august 1977, dømmes for overtredelse av straffeloven § 233 jf § 49 og for de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo tingretts dom 3. juni 2008 til forvaring med en tidsramme på 8 – åtte – år og en minstetid på 3 – tre – år og 4 – fire – måneder, jf straffeloven § 39 c nr 1. I tidsrammen og minstetiden fragår 917 – nihundreogsyttent – dager for utholdt varetektsfengsel.
4. A, født 9. august 1977, dømmes til å betale erstatning til If Skadeforsikring NUF med 118 361 – etthundreogattentusentrehundreogsekssten – kroner og til G med 6.000 – sekstusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.”

- (7) A har anket til Høyesterett over punkt 3 i domsslutningen. Anken gjelder saksbehandlingen ved avgjørelsen av tiltalebeslutningen post III e og reaksjonsfastsettelsen. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 12. mars 2009 å tillate anken over saksbehandlingen fremmet. For øvrig er anken nektet fremmet.
- (8) Ankesaken er etter beslutning av justitiarius 13. mars 2009 behandlet av Høyesterett i plenum, jf. domstolloven §§ 5 fjerde ledd siste punktum og 6 annet ledd første punktum. Et habilitetsspørsmål ble avgjort ved kjennelse 3. april 2009. Saken er behandlet sammen med sak HR-2009-01193-P, (sak nr. 2009/202), H mot Den offentlige påtalemyndighet. Under forhandlingene fordelte forsvarerne ulike temaer seg imellom, og aktor behandlet de rettslige spørsmålene sakene reiser, under ett. Det vil i dag bli avsagt en separat dom i sak HR-2009-01193-P, (sak nr. 2009/202).
- (9) A har i hovedtrekk gjort gjeldende:

- (10) Lagmannsrettens domfellelse basert på en ubegrunnet avgjørelse av lagretten, er i strid med retten til en rettferdig rettergang som er nedfelt i den europeiske menneskerettskonvensjonen – EMK – artikkel 6 nr. 1 og den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP – artikkel 14 nr. 1, og med den rett til overprøving som er nedfelt i SP artikkel 14 nr. 5.
- (11) Den europeiske menneskerettsdomstol – EMD – har i en rekke saker uttalt at retten til en rettferdig rettergang blant annet omfatter rett til begrunnelse for rettens avgjørelser, se for eksempel Kjølbros: Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, 2. udgave, side 424 flg. med videre henvisninger. I jursaker har EMD riktignok lenge lagt til grunn at spørsmålene til juryen, forutsatt at de er tilstrekkelig presise, kan kompensere for manglende begrunnelse, se for eksempel Den europeiske menneskerettskomisjonens avgjørelse 29. juni 1994 i Zarouali mot Belgia og EMDs avvisningsavgjørelse 15. november 2001 i saken Papon mot Frankrike. I dommen 13. januar 2009 i saken Taxquet mot Belgia kom imidlertid EMD enstemmig til at artikkel 6 nr. 1 var krenket da Taxquet ble domfelt på grunnlag av juryens nakne ja-svar. Taxquet-dommen er ikke endelig, men det svekker ikke dommens betydning. Dommen peker på grunnleggende hensyn for begrunnelse, som også svarer til norske verdiprioriteringer slik de er kommet til uttrykk i en rekke utredninger og innlegg i debatten om juryordningen.
- (12) Også SP artikkel 14 nr. 5 krever at dommer må være skriftlige og begrunnet ("duly reasoned"), slik at ankeadgangen blir effektiv. Det vises til Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 32 (2007) avsnitt 45 til 49.
- (13) Det følger av dette at juryordningen i Norge slik den er praktisert i saken mot A, er i strid EMK artikkel 6 nr. 1, jf. SP artikkel 14 nr. 1 og 5. Det er dermed begått en saksbehandlingsfeil som må føre til opphevelse av dommen mot A.
- (14) Det anføres videre at påtalemyndighetens anke over tingrettens frifinnelse skulle vært avvist av lagmannsretten, siden det etter norsk rett ikke er adgang til å få overprøvd ankeinstansens bevisbedømmelse under skyldspørsmålet ved domfellelse i ankeinstansen. Norges forbehold til SP artikkel 14 nr. 5 for saker der tingretten har frifunnet, men lagmannsretten domfelt, er i strid med folkeretten og Grunnloven § 110 c, og er derfor ugyldig.
- (15) A har lagt ned slik påstand:

"Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 3, med ankeforhandling oppheves.

Påtalemyndighetens anke over skyldspørsmålet for post III e avvises.

Subsidiært:

Lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 3, med ankeforhandling oppheves."

- (16) *Påtalemyndigheten* har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (17) Manglende begrunnelse for avgjørelsen av skyldspørsmålet er en svakhet ved juryordningen, men den norske juryordningen er ikke i strid med menneskerettighetene.

- (18) Det kan ikke utledes en begrunnelsesplikt for lagretten av EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til rettferdig rettergang. Den sentrale avgjørelsen, Taxquet mot Belgia, er ikke endelig. Den er dessuten uklar og dens generelle rekkevidde tvilsom. Det er også betydelige forskjeller både mellom det belgiske og norske systemet, og mellom den belgiske Taxquet-saken og A-saken. I en slik situasjon bør Høyesterett være tilbakeholden med å konstatere konvensjonsbrudd.
- (19) I og med at Høyesterett ikke kan prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ved anke over lagmannsrettens dom, er det ikke behov for begrunnelse for å sikre effektiv ankeadgang, jf. SP artikkel 14 nr. 5. Det er i så måte ingen forskjell på de tilfellene hvor det skjer domfellelse og frifinnelse i første instans.
- (20) Det norske forbeholdet til SP artikkel 14 nr. 5 er verken i strid med folkeretten eller med Grunnloven § 110 c. Grunnloven § 110 c er en prinsippbestemmelse, og det falt ikke uttalelser ved dens vedtakelse som tydet på at forbeholdet ikke var forenlig med bestemmelsen. Et forbehold mot de fundamentale menneskerettighetene kunne reist spørsmål i forhold til Grunnloven § 110 c, men retten til overprøving av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er ikke blant disse.
- (21) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:
- ”Anken forkastes.”**
- (22) *Mitt syn på saken:*
- (23) Jeg er kommet til at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves, men på et annet grunnlag enn A har gjort gjeldende.
- (24) *Er Norges forbehold overfor SP artikkel 14 nr. 5 ugyldig?*
- (25) SP artikkel 14 nr. 5 gir en straffedømt rett til overprøving av domfellelsen og straffutmålingen. Bestemmelsen lyder:
- ”Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.”**
- (26) Da Norge ratifiserte SP i 1972, var det med forbehold overfor flere bestemmelser, herunder denne. Etter toinstansreformen i 1993 ble det generelle forbeholdet overfor artikkel 14 nr. 5 omgjort til et begrenset forbehold, som gjelder riksrett og saker hvor domfellelse først skjer i ankeinstansen. Erklæringen om det sistnevnte lyder:
- ”2. Conviction by an appellate court
In cases where the defendant has been acquitted in the first instance, but convicted by an appellate court, the conviction may not be appealed on grounds of error in the assessment of evidence in relation to the issue of guilt. If the appellate court convicting the defendant is the Supreme Court, the conviction may not be appealed whatsoever.”**
- (27) A har for det første gjort gjeldende at forbeholdet er konvensjons- eller folkerettsstridig. Det kan ikke føre fram.
- (28) Konvensjonen har ikke selv bestemmelser om adgang til å ta forbehold, men i Menneskerettskomiteens generelle kommentar nr. 24 fra 1994 tas spørsmålet opp. Det

fastslås at spørsmålet reguleres av de alminnelige folkerettslige regler, noe som innebærer at det må vurderes om et forbehold er forenlig med konvensjonens formål – ”object and purpose”, jf. Wien-konvensjonen artikkel 19 bokstav c. Videre kan det ikke tas forbehold mot bestemmelser som også er forpliktende etter folkerettslig sedvanerett. I oppregningen av slike bestemmelser i avsnitt 8 nevnes ikke overprøvingsretten. Om artikkel 14 heter det:

”And while reservations to particular clauses of article 14 may be acceptable, a general reservation to the right to a fair trial would not be.”

- (29) I komiteens generelle kommentar 32 fra 2007 forutsettes det klart i avsnitt 47 at et forbehold som det norske kan tas. Jeg finner dette utvilsomt riktig.
- (30) Heller ikke anførselen om at forbeholdet er i strid med Grunnloven § 110 c, kan føre fram. Det er intet i ordlyden eller forarbeidene til Grunnloven § 110 c som tilsier at Stortinget ved dens vedtakelse mente å forplikte norske myndigheter til å etterleve traktatbestemmelser om menneskerettigheter som Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å følge. Det ville også harmonere dårlig med Grunnlovens regel for tilslutning til traktater, jf. § 26. Jeg viser dessuten til at menneskerettsloven, som ble vedtatt etter Grunnloven § 110 c, forutsetter at det kan tas forbehold overfor de inkorporerte konvensjonene, idet disse bare er gjort gjeldende som norsk lov ”i den utstrekning de er bindende for Norge”, se § 2.
- (31) Jeg legger derfor til grunn at det norske forbeholdet overfor artikkel 14 nr. 5 er gyldig.
- (32) *Begrunnelseskravet etter menneskerettskonvensjonene*
- (33) Verken EMK eller SP bestemmer uttrykkelig at straffedommer skal begrunnes. Det følger imidlertid av fast praksis fra konvensjonsorganene at retten til en rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1, og retten til overprøvelse av straffedommer, jf. EMK protokoll 7 artikkel 2 og SP artikkel 14 nr. 5, forutsetter at straffedommer begrunnes på adekvat måte.
- (34) Begrunnelser skal ifølge konvensjonsorganenes praksis ivareta flere formål. For det første skal de tjene som sikkerhet mot vilkårlighet, se for eksempel avsnitt 43 i EMDs dom 13. januar 2009 i Taxquet mot Belgia. Videre skal begrunnelser vise partene at de er blitt hørt og muliggjøre offentlighetens kontroll med rettspleien, se for eksempel avsnitt 89 i EMDs dom 6. september 2005 i Salov mot Ukraina. Begrunnelser skal også gi partene grunnlag for å vurdere anke, se for eksempel avsnitt 33 i EMDs dom 16. desember 1992 i Hadjianastassiou mot Hellas, og ankeinstansen mulighet for å overprøve dommen, se for eksempel avsnitt 49 i Menneskerettskomiteens generelle kommentar 32 fra 2007. De skal også sikre at ankesakstolen foretar en reell overprøving, se avsnitt 48 i den samme generelle kommentaren. Det sistnevnte blir grundigere omtalt i dommen i ankesak HR-2009-01193-P, (sak nr. 2009/202) senere i dag.
- (35) Oppsummert kan man si at kravet om at dommer skal være adekvat begrunnet, skal sikre *en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving.*
- (36) Spørsmålet blir så hvordan konvensjonsorganene har praktisert kravet om at straffedommer skal være adekvat begrunnet, og spesielt hvordan de har forholdt seg til

begrunnelseskravet i jursaker. Jeg behandler først praksis og argumenter knyttet til EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til en rettferdig rettergang.

- (37) EMD har flere ganger uttalt at hva som ligger i kravet om en adekvat begrunnelse, varierer med avgjørelsens karakter, og må fastsettes i lys av omstendighetene i den enkelte sak, se for eksempel avsnitt 40 i Taxquet-dommen, med henvisning til tidligere praksis. Det er videre fremholdt at det ikke er nødvendig med detaljerte svar på alle argumenter, og at en ankeinstans som forkaster en anke, i prinsippet kan nøye seg med å vise til underinstansens begrunnelse.
- (38) Når det spesielt gjelder begrunnelseskravet i jursaker, har tilnærmingen lenge vært at spørsmålene til juryen utgjør et rammeverk for juryens avgjørelse, og at presise spørsmål kompenserer for den manglende begrunnelse, se Den europeiske menneskerettskommisjonens avvisning 30. mars 1992 av klagen fra R. mot Belgia og 29. juni 1994 fra Zarouali mot Belgia, og EMDs avvisning på dette punkt 15. november 2001 av Papons klage mot Frankrike. Et sentralt spørsmål i saken her er om Taxquet-dommen fra 2009 kan sees som uttrykk for det samme eller utgjør en kursendring – og i tilfelle hvilken vekt den skal tillegges. For å kunne vurdere det, finner jeg det hensiktsmessig å se nærmere på Kommisjonens første avgjørelse om juryordningens forhold til begrunnelsesplikten, R. mot Belgia, og utviklingen etter denne.
- (39) R. var funnet skyldig i overlagt drap og dømt til livsvarig fengsel ved en såkalt assize-domstol, hvor skyldspørsmålet avgjøres av en jury. Han klaget over at det ikke var gitt begrunnelse, verken for juryens konklusjon om skyld eller for straffutmålingen. Kommisjonen merket seg for det første at det ikke kunne ankes over avgjørelsen av skyldspørsmålet eller over straffutmålingen. Kommisjonen vurderte det også slik at kravet om domsgrunner måtte tilpasses de spesielle trekkene ved prosessen ved assize-domstoler, hvor jurymedlemmene ikke har plikt, og heller ikke adgang til å begrunne sitt standpunkt. Deretter pekte kommisjonen på at rettens leder skal utforme spørsmål til juryen om sakens fakta, og i den forbindelse, i lys av bevisføringen, henlede juryens oppmerksomhet på de fakta som må foreligge for at det straffbare forhold tiltalen gjelder skal anses bevist. Kommisjonen fortsatte med en redegjørelse for spørsmålenes karakter:

“... the president has power to ask the jury questions about any circumstances qualifying the facts on which the indictment is founded, provided these have been discussed during the trial. The main question concerns the constituent elements of the offence, and each count in the indictment must be dealt with in a separate question. The main questions may be divided, provided this division does not work to the defendant’s detriment. They may also be put in an alternative form. The main facts should be separated from the other facts, such as aggravating circumstances or grounds for arguing nonresponsibility or mitigation, by asking separate questions on each.”

- (40) Kommisjonen noterte seg også at aktor og forsvarer hadde mulighet til å protestere mot et spørsmål og be om at juryen ble forelagt alternative spørsmål. I slike tilfeller må retten avgjøre spørsmålet i en begrunnet kjennelse. På denne bakgrunn konkluderte kommisjonen:

“From its examination of the Belgian system the Commission notes that, while the jury may reply only by “yes” or by “no” to the questions put by the president, these questions form a framework for the jury’s verdict. In the Commission’s opinion, the precision of these questions – some of which may be put at the request of the prosecution or the defence – compensates sufficiently for the brevity of the jury’s replies. That assessment is supported by the fact that the Assize Court must give reasons

for a refusal to put one of the questions raised by the prosecution or defence to the jury.”

- (41) Det var ikke anført at det var spesielle omstendigheter ved den konkrete saken som tilsa at det skulle vært gitt begrunnelse, og Kommisjonen konkluderte med at klagen ikke avdekket noen krenkelse av artikkel 6, og avviste den som åpenbart grunnløs.
- (42) I Zarouali mot Belgia kom spørsmålet opp igjen, og i sin avgjørelse 29. juni 1994 avviste Kommisjonen klagen med den samme begrunnelse som i R. mot Belgia.
- (43) Resonnementet og formuleringene fra R. mot Belgia og Zarouali mot Belgia finner man igjen i Domstolens avgjørelse 15. november 2001 i Papon-saken, hvor det også vises til disse avgjørelsene, se avsnitt 6 f. Domstolen pekte på samme måte som Kommisjonen, på at

”[t]he requirement that reasons must be given must also accommodate any unusual procedural features, particularly in assize courts, where the jurors are not required to give reasons for their personal convictions.”

- (44) Papon var domfelt for forbrytelser mot menneskeheten begått under den annen verdenskrig. Domstolen konkluderte i avsnitt 6 f:

”It is not in any case for the Court to decide in the abstract whether the French system satisfies the requirement arising from Article 6 § 1 that reasons must be given for judgments.

The Court notes that in the instant case the Assize Court referred in its judgment to the answers which the jury had given to each of the 768 questions put by the President of the Assize Court and also to the description of the facts declared to have been established and to the Articles of the Criminal Code which had been applied. Although the jury could answer only “yes” or “no” to each of the questions put by the President, those questions formed a framework on which the jury’s decision was based. The Court considers that the precision of those questions sufficiently offsets the fact that no reasons are given for the jury’s answers.

The Court accordingly considers that sufficient reasons were given for the Assize Court’s judgment for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention.”

- (45) I EMDs dom 2. juni 2005 i saken Goktepe mot Belgia, vant klageren fram med påstand om at artikkel 6 nr. 1 var krenket i en juriesak. Forholdet var at klageren sammen med medtiltalte var dømt til fengsel i 30 år for å ha begått et ran med døden til følge. Juryen var blitt forelagt seks spørsmål. De tre første gjaldt hver enkelt tiltalts deltakelse i ranet. De tre følgende spørsmålene gjaldt alle de tre tiltalte, og dreide seg om hvorvidt det forelå ulike skjerpene omstendigheter ved ranet. Retten hadde avvist et krav om å individualisere også de siste tre spørsmålene. Klageren, som nektet ansvar for vold mot offeret, anførte at juryen dermed ble forhindret fra å avgjøre for hver enkelt tiltalt om vedkommende hadde vært ansvarlig for slag og skader på offeret. EMD var enig, og fant at dette utgjorde en krenkelse av artikkel 6. Spesielt ettersom lagretten ikke kan begrunne sin avgjørelse, er det viktig at spørsmålene er presise, fremholdt EMD i avsnitt 29. EMD var ikke enig med staten i at dette ble reparert ved at eventuelle forskjeller i skyld mellom de domfelte kunne tas opp som et ledd i straffutmålingen, som jurymedlemmene foretar sammen med retten, se avsnitt 30.

- (46) Som man ser, var det mangler ved spørsmålene til juryen, ikke manglende begrunnelse, som gjorde at konvensjonen ble ansett krenket.
- (47) EMDs dom 13. januar 2009 i Taxquet mot Belgia er den siste dommen i rekken av avgjørelser om hvorvidt en tiltalts rett til en rettferdig rettergang er ivaretatt i en jursak. Jeg bemerker at dommen ikke er endelig. Belgia har begjært den brakt inn for EMDs storkammer, og EMD har 5. juni 2009 besluttet å ta begjæringen til følge.
- (48) Taxquet var sammen med sju medtiltalte dømt til 20 års fengsel for overlagt drap av en statsråd og forsøk på drap av statsrådets samboer. Taxquet var blitt trukket inn i etterforskningen på grunnlag av opplysninger fra en anonym person. Informanten var ikke blitt avhørt av forhørsdommeren under etterforskningen, og avga heller ikke forklaring under rettssaken. Vedkommendes identitet forble ukjent for både Taxquet og dommerne. Taxquet klaget til EMD over brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 fordi dommen fra assize-domstolen ikke inneholdt noen begrunnelse for hvorfor han var funnet skyldig, og artikkel 6 nr. 3 d fordi han ikke hadde fått anledning til å avhøre den anonyme informanten. EMD fant at både artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d var krenket.
- (49) Domstolen innledet sin drøftelse av klagen over manglende begrunnelse med å gjenta tidligere generelle uttalelser om begrunnelsesplikten etter artikkel 6, herunder at det må tas hensyn til særlige sider ved rettergangen, spesielt i assize-domstoler, hvor jurymedlemmene ikke plikter å begrunne sin overbevisning, se avsnitt 40 til 41. Deretter fortsetter den:

”42. The Court notes that in the *Zarouali* and *Papon* cases (both cited above), the Commission and the Court found that “although the jury could answer only ‘yes’ or ‘no’ to each of the questions put by the President, those questions formed a framework on which the jury’s decision was based”, that “the precision of those questions sufficiently offsets the fact that no reasons are given for the jury’s answers” and that “this appraisal is reinforced by the fact that the Assize Court must state its reasons for refusing to refer a question from the prosecution or the defence to the jury”.

43. However, since the *Zarouali* case there has been a perceptible change in both the Court’s case-law and the Contracting States’ legislation. In its case-law the Court has frequently held that the reasoning provided in court decisions is closely linked to the concern to ensure a fair trial as it allows the rights of the defence to be preserved. Such reasoning is essential to the very quality of justice and provides a safeguard against arbitrariness. Thus, certain States, such as France, have made provision for the right of appeal in assize court proceedings and for the publication of a statement of reasons in assize court decisions.

44. The Court considers that while it is acceptable for a higher court to set out the reasons for its decisions succinctly by simply endorsing the reasons for the lower court’s decision, the same is not necessarily true of a court of first instance, particularly one sitting in a criminal case.

45. The Court notes that the Assize Court’s judgment in the applicant’s case was based on thirty-two questions that were put to the jury at his trial. The applicant was concerned by four of them, which the Court considers it useful to reiterate:

”Question no. 25 – PRINCIPAL COUNT

Is the accused Richard Taxquet, who is present before this court, guilty, as principal or joint principal,

of having knowingly and intentionally killed [A.C.] in Liège on 18 July 1991?

Question no. 26 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE:

Was the intentional homicide referred to in the previous question premeditated?

Question no. 27 – PRINCIPAL COUNT

Is the accused Richard Taxquet, who is present before this court, guilty, as principal or joint principal,

...

of having attempted knowingly and intentionally to kill [M.-H.J.] in Liège on 18 July 1991, the intention to commit the offence having been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of its perpetrator?

Question no. 28 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE:

Was the attempted intentional homicide referred to in the previous question premeditated?”

46. The jury answered all the questions in the affirmative.

47. The Court further notes that the same questions were put to the jury in respect of all eight defendants and were not adapted to each individual case. In this connection, the Court observes that in the case of *Goktepe v. Belgium* (no. 50372/99, 2 June 2005), where admittedly there were objective aggravating circumstances, it found a violation of Article 6 on account of the Assize Court's refusal to put distinct questions in respect of each defendant as to the existence of such circumstances, thereby denying the jury the possibility of determining the applicant's individual criminal responsibility.

48. In the instant case, the questions to the jury were formulated in such a way that the applicant could legitimately complain that he did not know why each of them had been answered in the affirmative when he had denied all personal involvement in the alleged offences. The Court considers that such laconic answers to vague and general questions could have left the applicant with an impression of arbitrary justice lacking in transparency. Not having been given so much as a summary of the main reasons why the Assize Court was satisfied that he was guilty, he was unable to understand – and therefore to accept – the court's decision. This is particularly significant because the jury does not reach its verdict on the basis of the case file but on the basis of the evidence it has heard at the trial. It is therefore important, for the purpose of explaining the verdict both to the accused and to the public at large – the “people” in whose name the decision is given – to highlight the considerations that have persuaded the jury of the accused's guilt or innocence and to indicate the precise reasons why each of the questions has been answered in the affirmative or the negative.

49. In these circumstances, the Court of Cassation was prevented from carrying out an effective review and from identifying, for example, any insufficiency or inconsistency in the reasoning.

50. The Court concludes that there has been a violation of the right to a fair trial, as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.”

- (50) EMD fant med andre ord at spørsmålene i denne saken var formulert på en slik måte at Taxquet hadde grunn til å klage over at han ikke visste hvorfor de var besvart med ”ja”,

og at slike korte svar til vage og generelle spørsmål kunne ha gitt Taxquet inntrykk av en vilkårlig og lite etterprøvbart rettspleie.

- (51) Denne begrunnelsen og dommens resultat er etter mitt skjønn forenlig med Domstolens tidligere praksis, som stiller krav til spørsmålene til juryen for at de skal kunne oppveie mangelen på begrunnelse. Det som likevel kan etterlate et inntrykk av at det er skjedd en kursendring, er særlig det som sies i avsnitt 43 om utviklingen siden Zarouali-saken, og i avsnitt 48 om mangelen på begrunnelse for dommen. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på disse avsnittene.
- (52) I avsnitt 43 vises det til at det er skjedd en utvikling siden Zarouali-saken, altså siden 1994. Det vises for det første til utviklingen i Domstolens egen praksis, og påpekes at Domstolen ofte har fremholdt at begrunnede rettsavgjørelser er nært knyttet til retten til en rettferdig rettergang fordi de gjør det mulig å ivareta tiltaltes forsvar. Slike begrunnelser er grunnleggende for rettspleiens kvalitet, og innebærer en sikkerhet mot vilkårlighet. Domstolen viser for det andre til at enkelte medlemsland, som Frankrike, har innført en ordning med to-instansbehandling i assize-domstoler, og offentliggjøring av grunner for assize-domstolers avgjørelser. Blant annet på bakgrunn av denne uttalelsen ba Høyesterett før ankeforhandlingen Riksadvokaten i samarbeid med forsvarerne om å innhente opplysninger fra andre europeiske land med juryordning. Undersøkelsen omfatter England og Wales, Skottland, Nord-Irland, Irland, Østerrike, Belgia, Frankrike og Spania. Den viser at i Spania skal juryen gi en kort begrunnelse for bevisvurderingen, mens dette ikke er ordningen i de andre statene. Som Domstolen peker på, har man videre i Frankrike innført toinstansbehandling av straffesaker som behandles med jury, men da slik at de i begge instanser behandles med jury som ikke begrunner sitt standpunkt.
- (53) Avsnitt 43 i Taxquet-dommen kan leses som et uttrykk for at Domstolen ikke lenger vil nøye seg med å vise til Kommisjonens praksis fra tidlig på 90-tallet og sin egen oppfølging av denne, men mer aktivt prøve om klageren har fått en rettferdig rettergang der saken er avgjort av en jurydomstol, noe allerede Goktepe-saken kan være et uttrykk for. En generell konklusjon om at dommer basert på ubegrunnede jurykjennelser er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, kan imidlertid ikke utledes av dette.
- (54) I avsnitt 45 til 49, der EMD foretar den konkrete vurderingen av Taxquet-saken, tar den utgangspunkt i spørsmålene som ble stilt til juryen. Den finner at disse er for vage og generelle – de kan som nevnt, etterlate et inntrykk av vilkårlighet og manglende innsyn. Jeg leser de følgende setningene i avsnitt 48 om at klageren heller ikke har fått et kort sammendrag av hvorfor domstolen er sikker på at han er skyldig, og om at juryen ikke har hatt tilgang til sakens dokumenter, som en utdyping av hvorfor EMD finner at en domfellelse basert på disse spørsmålene, ikke ivaretar kravet om en rettferdig rettergang. Avslutningsvis i avsnitt 48 heter det at det er viktig for å kunne forklare domfellelsen både for den domfelte og publikum, at det fremheves hva som har overbevist juryen om domfelles skyld eller uskyld, og gis presise grunner for hvorfor hvert spørsmål er blitt besvart positivt eller negativt. Lest isolert, kan denne setningen oppfattes som et krav om at juryen må begrunne sin avgjørelse. Jeg finner imidlertid ikke at det er grunnlag for en slik slutning. Det fremgår andre steder i dommen, se blant annet avsnitt 41, at EMD mener det i forbindelse med begrunnelseskravet må tas hensyn til den særlige prosessformen i assize-domstolen. Dersom EMD mente å fastsette et prinsipp om at juryen må begrunne sine avgjørelser, hadde den ikke behøvd å vurdere om spørsmålene til juryen var tilstrekkelig presise. Endelig må det formodes at EMD ville latt det komme

klarere til uttrykk dersom den mente at alle de europeiske statene som har juryordning uten at juryen gir begrunnelse, må legge om sitt system. Det ville også vært nærliggende om kammeret i så tilfelle hadde avstått jurisdiksjon til storkammeret, jf. EMK artikkel 30.

- (55) Jeg legger altså til grunn at Taxquet-dommen ikke kan leses slik at den stiller krav om at juryen må begrunne sin kjennelse eller om at juryordningen må avvikles, men at den kan innvarsle at EMD vil se mer kritisk på rettssaker avgjort av jury enn Domstolen har gjort tidligere.
- (56) Som nevnt følger et krav om at straffedommer begrunnes også av SP artikkel 14 nr. 1 og nr. 5, og av EMK protokoll 7 artikkel 2.
- (57) SP artikkel 14 nr. 1 omhandler som EMK artikkel 6 nr. 1 retten til en rettferdig rettergang, og det er ikke holdepunkter i de aktuelle rettskildene for at bestemmelsen stiller andre eller strengere krav til begrunnelse enn EMK artikkel 6.
- (58) SP artikkel 14 nr. 5 og EMK protokoll 7 artikkel 2 fastsetter at straffedømte har rett til overprøving ved en høyere domstol. Etter SP gjelder som nevnt overprøvingsretten både domfellelsen og straffutmålingen, etter EMK protokoll 7 artikkel 2 gjelder retten enten domfellelsen eller straffutmålingen. Siden SP artikkel 14 nr. 5 rekker lengst, har denne størst interesse.
- (59) SP artikkel 14 nr. 5 er grundig behandlet i Høyesteretts storkammers kjennelse om begrunnelse av ankesilingsavgjørelser, inntatt i Rt. 2008 side 1764. Her fremgår det at retten til overprøving blant annet forutsetter at avgjørelsene er slik begrunnet at de kan kontrolleres av ankeinstansen, se avsnitt 91. Jeg kan ikke se at det foreligger relevant kildemateriale som mer konkret angår betydning av dette kravet for bedømmelsen av jursaker. Da også begrunnelseskravet etter EMK artikkel 6 nr. 1 skal ivareta ankeinstansens mulighet for å overprøve dommen, noe som for eksempel fremgår implisitt av avsnitt 49 i Taxquet-dommen, kan jeg ikke se at dette aspektet ved SP artikkel 14 nr. 5 stiller krav overfor statene som ikke også følger av EMK artikkel 6 nr. 1. I det følgende knyttes drøftelsen derfor til EMK artikkel 6 nr. 1.
- (60) *Var lagmannsrettens saksbehandling i samsvar med EMK artikkel 6 nr. 1?*
- (61) Etter EMDs praksis må mangelen på begrunnelse for juryens kjennelse kompenseres av andre mekanismer som på tilfredsstillende måte ivaretar de samme formål. Hvilke krav som stilles, beror i noen grad på de konkrete omstendighetene i den enkelte sak.
- (62) Lagmannsrettens behandling av straffesaken mot A skjedde i samsvar med straffeprosesslovens saksbehandlingsregler. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å undersøke om det i den norske straffeprosessen generelt, og i As sak spesielt, foreligger slike kompenserende mekanismer. Spørsmålet blir om den norske juryordningen på en tilfredsstillende måte ivaretar formålene med kravet om begrunnelse. Som nevnt tidligere dreier det seg om tre formål, å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving.
- (63) Hensynet til å sikre at domstolen foretar *en samvittighetsfull og reell prøving* av saken, søkes ivaretatt gjennom en omhyggelig saksbehandling etter regler nedfelt i straffeprosessloven.

- (64) Det er ved lagmannsrettens behandling av anker over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i saker som etter loven kan medføre fengsel i mer enn seks år, at skyldspørsmålet skal avgjøres av en jury, eller lagrette som det heter i straffeprosessloven, se § 352. Det skal da foretas en fullstendig ny behandling av saken, jf. § 331. Bevisene blir presentert umiddelbart for lagretten, og etter avhør av hvert enkelt vitne og etter opplesing av hvert skriftlig bevis har tiltalte anledning til å uttale seg, se § 303. Etter at bevisførselen er slutt, får aktor og forsvarer ordet to ganger for prosedyre, og tiltalte får anledning til å komme med en sluttbemerkning, jf. § 304. Deretter skal lagretten ta stilling til skyldspørsmålet ved å svare ja eller nei på konkret utformede spørsmål, som blir forelagt skriftlig for lagrettens medlemmer. Spørsmålene blir utformet av rettens administrator etter forslag fra aktor og etter at forsvareren har fått uttale seg, se § 363. I § 364 andre ledd er det presisert at hvert spørsmål "bare [må] gjelde én tiltalt, så vidt mulig bare ett straffbart forhold og bare én straffebestemmelse". Spørsmålene skal ikke bare inneholde en beskrivelse av den straffbare handlings kjennemerker, men også en kort beskrivelse av hvordan handlingen ble begått, med opplysning om blant annet tid og sted, se § 366. Spørsmålene som ble stilt lagretten om As skyld, som allerede er gjengitt, illustrerer dette. Som det fremgår, skiller de seg fra spørsmålene om Taxquets straffeskyld ved den konkrete angivelsen av hva A skulle ha foretatt seg.
- (65) Før lagrettemedlemmene trekker seg tilbake for rådslagning i enerom, skal rettens leder i det som ofte kalles "rettsbelæring", forklare spørsmålene og de rettssetninger lagrettemedlemmene skal legge til grunn for avgjørelsen, og gjennomgå bevisene i saken, jf. § 368 annet ledd. Den redegjørelse som gis for rettsreglene, er bindende for lagretten, mens bevisgjennomgåelsen bare er veiledende. Etter § 368 fjerde ledd kan partene før lagretten trekker seg tilbake, forlange at "særlig påpekte deler av redegjørelsen for rettssetningene" blir protokollert. Dette ble ikke krevd i As sak. Forsvareren har opplyst at han ba administrator presisere innholdet i skyldkravet, og at dette ble gjort.
- (66) Dersom lagretten svarer nei på skyldspørsmålet, skal lagrettens kjennelse som utgangspunkt legges til grunn. Det er bare dersom fagdommerne enstemmig finner det "utvilsomt" at tiltalte er skyldig, at de kan tilsidesette en nei-kjennelse, jf. § 376 a. Et svar fra juryen er derimot ikke bindende for fagdommerne. Det fremgår av § 376 b at hvis fagdommerne finner at det forhold som er beskrevet i spørsmålene til lagretten, ikke er straffbart, eller at straffansvaret er foreldet, skal de avsi frifinnelsesdom. Og dersom fagdommerne finner at det "ikke er ført tilstrekkelig bevis" for tiltaltes skyld, skal de tilsidesette lagrettens kjennelse, se § 376 c. Riktignok bruker bestemmelsen uttrykket "kan", og ikke "skal", og i forarbeidene er det sagt at "retten [dvs. fagdommerne] ikke er forpliktet til å sette kjennelsen til side i alle tilfelle hvor den ville ha kommet til et annet resultat", da det er lagretten som har "det prinsipale ansvar" for bevisbedømmelsen, se Ot.prp. nr. 35 (1978–79), side 221. Grunnleggende rettssikkerhetshensyn tilsier imidlertid at dersom det er rimelig tvil om skyld skal retten, dvs. fagdommerne, sette til side en kjennelse fra lagretten om at tiltalte er skyldig.
- (67) Jeg nevner for helhetens skyld at i tilfeller hvor lagrettens kjennelse blir tilsidesatt, skal saken behandles på nytt for andre dommere, og under den nye behandlingen skal lagmannsretten settes som meddomsrett med tre fagdommere og fire meddommere, se §§ 376 a og 376 c, jf. § 332.

- (68) Som det fremgår, er det en rekke mekanismer som skal sikre at lagretten treffer sin avgjørelse etter en samvittighetsfull prøving av bevisene på grunnlag av en riktig forståelse av loven. Lagretten blir forelagt konkrete og individualiserte spørsmål som blir forklart av rettens leder. Lagrettens medlemmer blir også forklart hvilke rettssetninger de er bundet av, og bevisene blir oppsummert. Det ligger også en sikkerhet i fagdommernes overprøving av lagrettens fellende kjennelse. Jeg kan ikke se at det i lys av EMDs praksis er holdepunkter for å si at hensynet til en reell og samvittighetsfull prøving ikke blir tilstrekkelig ivaretatt, og heller ikke at dette hensynet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i As sak.
- (69) Spørsmålet blir så hvordan straffeprosessloven sikrer at den domfelte og allmennheten kan *etterprøve den vurdering som er foretatt*.
- (70) Straffeprosessloven § 40 første ledd sier at domsgrunnene i en sak for lagmannsretten hvor lagrettens kjennelse blir lagt til grunn, "for skyldspørsmålets vedkommende bare [skal] bestå i en henvisning til kjennelsen". Som nevnt har EMD i sin praksis lagt vesentlig vekt på om de spørsmål som stilles til lagretten, i en slik situasjon er utformet så konkret at de gir informasjon om hva lagretten har funnet bevist. Som jeg allerede har vist, skal spørsmålene etter norsk rett gi informasjon om hvilke faktiske forhold lagretten har funnet bevist, jf. §§ 365 og 366.
- (71) Hovedspørsmålene skal begynne med ordene: "Er tiltalte skyldig?", jf. § 366. Det stilles altså ikke spørsmål om hvorvidt de enkelte vilkårene for straff er oppfylt. Dermed får man ved frifinnelser ikke svar på om lagretten mener at tiltalte ikke har begått handlingen, om det foreligger en straffrihetsgrunn eller om det er de subjektive vilkår som ikke er oppfylt. Det er imidlertid ikke frifinnende dommer som reiser spørsmål her. Og et ja-svar innebærer at lagretten har funnet alle vilkårene for å straffedømme oppfylt. En annen sak er at det innenfor ja-svaret fortsatt kan være ubesvarte spørsmål, for eksempel om omfanget av den straffbare handlingen eller om graden av skyld innenfor det aktuelle skyldkrav. Dette er spørsmål det vil bli tatt standpunkt til i forbindelse med straffutmålingen.
- (72) Straffutmålingen foretas etter § 376 e av de tre fagdommerne og et utvalg på fire lagrettemedlemmer – lagrettens ordfører og tre andre medlemmer som tas ut ved loddtrekning. Det følger av § 39 første ledd nr. 2, jf. § 40 annet ledd annet punktum at avgjørelsen av straffespørsmålet skal begrunnes, og etter langvarig praksis skal fagdommerne og de fire utvalgte lagrettemedlemmene i fellesskap som grunnlag for straffutmålingen gi en beskrivelse av den handling som tiltalte er dømt for. Beskrivelsen av den straffbare handling må blant annet ta stilling til hva som er funnet bevist når det gjelder subjektiv skyld, og der spørsmålene til lagretten er utformet i alternativer bundet sammen med "og/eller", må det i handlingsbeskrivelsen angis hvilket handlingsalternativ som er funnet bevist. Det kan også være nødvendig å fastlegge nærmere det straffbare forholdets omfang, se for eksempel Rt. 2007 side 961.
- (73) Straffutmålingspremissene gir dermed utførlig informasjon om hva de fire lagrettemedlemmene og rettens tre fagdommere finner bevist. Normalt – når det ikke er holdepunkter for annet – må dette kunne antas også å gi uttrykk for lagrettens syn.
- (74) Jeg vil senere sitere fra straffutmålingspremissene i dommen mot A. Premissene gir en grundig beskrivelse av hendelsesforløpet.

- (75) Hvilke beviser domfellelsen bygger på, vil ofte fremgå av sammenhengen, men ikke alltid. For saker som har vært behandlet for meddomsrett, bestemmer § 40 femte ledd at domsgrunnene ikke bare skal inneholde en beskrivelse av hva retten har funnet bevist, men at dommen også skal ”angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering”. I Ot.prp. nr. 78 (1992–93) om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (to-instansbehandling, anke og juryordning), side 77–78 er bestemmelsen forklart slik:

”Retten skal først og fremst redegjøre for hva som har vært de springende punkter ved bevisvurderingen, og kort angi hva som har vært avgjørende for bevisvurderingen. Hvor omfattende det er grunn til å redegjøre for bevisvurderingen, vil variere fra sak til sak. Det kreves ikke at retten gir en detaljert beskrivelse.”

- (76) Denne bestemmelse kommer ikke direkte til anvendelse i jurysaker, men det er i rettsteorien antatt at den bør anvendes analogisk for lagmannsrettens bevisvurdering under reaksjonsspørsmålet, se Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave, Oslo 2009, side 519–520, hvor det særlig pekes på tilfeller der spørsmålene til lagretten har vært bundet sammen med ”og/eller”, og Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud, Straffeprosessloven – kommentarutgave, 3. utgave, Oslo 2001, Bind I, side 160. Jeg er enig i dette. På samme måte som i meddomsrettssaker vil imidlertid den omstendighet at det ikke er gitt en tilstrekkelig redegjørelse for bevisbedømmelsen, sjelden være opphevelsesgrunn, jf. Ot.prp. nr. 78 (1992–93), side 78. For at en mangelfull begrunnelse av bevisbedømmelsen skal føre til at dommen må oppheves, må feilen hindre prøving av anken eller antas å kunne ha virket inn på dommens innhold, jf. § 343 annet ledd nr. 8, og § 343 første ledd.
- (77) Forsvarerne har under henvisning til avsnitt 30 i EMDs dom i Goktepe mot Belgia fra 2005, gjort gjeldende at man ikke ved straffutmålingen kan reparere konvensjonsbrudd knyttet til avgjørelsen av skyldspørsmålet. I Goktepe-saken besto konvensjonsbruddet i at det ikke var stilt separate spørsmål for hver av de domfelte, og EMD avviste at dette ble reparert ved muligheten for å differensiere mellom de domfelte i forbindelse med straffutmålingen. Dette er en annen situasjon enn der lagretten er forelagt separate spørsmål for hver av de tiltalte, og hvor en presisering av hva retten har funnet bevist innenfor de spørsmål som er forelagt for lagretten, fremgår av premissene for straffutmålingen. Avsnitt 48 i EMDs dom i Taxquet-saken, hvor det pekes på at Taxquet ikke engang fikk en oppsummering av hvorfor assize-domstolen fant ham skyldig, taler også for at en slik oppsummering i premissene for straffutmålingen har betydning ved vurdering av om kravet til en rettferdig rettergang er oppfylt.
- (78) Jeg mener på denne bakgrunn at den norske straffeprosessloven i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til at den domfelte og allmennheten skal få innsyn i hva som ligger til grunn for domfellelsen, *etterprøvingshensynet*, og at dette er tilstrekkelig ivaretatt i As sak.
- (79) Jeg går så over til å vurdere i hvilken grad straffeprosessloven sikrer *effektiv rett til overprøving* av lagmannsrettens dom.
- (80) En straffedom av lagmannsretten kan etter straffeprosessloven § 306 første, jf. annet ledd påankes til Høyesterett på grunn av feil ved lovanvendelsen under skyldspørsmålet, feil ved avgjørelsen av straffespørsmålet og feil ved saksbehandlingen. Det fremgår imidlertid av § 306 tredje ledd at dersom saken har vært behandlet med lagrette, kan det til skade for

tiltalte bare ankes over feil ved lovanvendelsen under skyldspørsmålet dersom det foreligger feil i den rettsbelæring som lagmannsrettens leder har gitt, og rettsbelæringen er blitt protokollert. For anke til domfeltes gunst gjelder det derimot ikke noen slik begrensning. Høyesterett har i en lang rekke avgjørelser lagt til grunn at ved anke til domfeltes gunst kan lagrettens lovanvendelse ikke bare prøves på grunnlag av rettslederens protokollerte rettsbelæring, men også på grunnlag av hva lagretten ut fra de opplysninger som for øvrig foreligger, mest sannsynlig har lagt til grunn, se Rt. 2007 side 961 avsnitt 29 med henvisninger til tidligere praksis. Dette innebærer at Høyesterett ved prøvingen av lagmannsrettens lovanvendelse i tillegg til spørsmålene til lagretten og det som måtte være opplyst om innholdet av rettsbelæringen, blant annet kan bygge på den beskrivelse av den straffbare handling som fagdommerne sammen med de fire lagrettemedlemmene har gitt som grunnlag for straffutmålingen, se Rt. 2007 side 961 avsnitt 35. Som jeg tidligere har påpekt, må denne – i den utstrekning det ikke finnes opplysninger om noe annet – også antas å gi uttrykk for lagrettens syn.

- (81) Hvorvidt dette gir Høyesterett et tilstrekkelig grunnlag for å prøve lovanvendelsen, beror på omstendighetene i den enkelte sak. I de fleste tilfeller vil spørsmålene til lagretten sammen med den beskrivelse av den straffbare handling som er gitt i dommen, danne et tilstrekkelig grunnlag for å prøve lagmannsrettens lovanvendelse. I visse tilfeller kan dette imidlertid være utilstrekkelig. Der det ikke fremstår som klart at handlingen som er beskrevet faller inn under lovbestemmelsen, kan det derfor være grunn til å gjøre opptak av eller protokollere rettsbelæringen selv om ingen av partene har krevd det. Er dette ikke gjort, bør lagmannsrettens dom av hensyn til Høyesteretts overprøving inneholde en redegjørelse for lagmannsrettens lovanvendelse.
- (82) I As tilfelle er det springende punktet om kravet til forsett var oppfylt. Domsgrunnene inneholder en beskrivelse av det aktuelle forsettskravet, dolus eventualis, og gir dermed Høyesterett mulighet for å prøve om loven er anvendt riktig. Lovanvendelsen er for øvrig ikke påanket.
- (83) For å oppsummere: Det kan ikke utledes av konvensjonsorganenes praksis at en straffedom som er basert på et ubegrunnet ja-svar fra lagretten, er uforenlig med EMK artikkel 6 nr. 1. Det avgjørende er om formålene bak begrunnelseskrevet blir tilfredsstillende ivarettatt på annen måte. Den norske juryordningen har mekanismer for å ivareta disse formålene, og saker behandlet i tråd med straffeprosesslovens krav, vil normalt oppfylle kravet til en rettferdig rettergang. Noen saker kan imidlertid ligge slik an at hensynet til at Høyesteretts overprøving skal bli effektiv, tilsier at retten gjør opptak av eller protokollerer rettsbelæringen og/eller beskriver i straffutmålingspremissene hvordan loven er forstått.
- (84) As sak er behandlet i samsvar med straffeprosesslovens regler, og domsgrunnene gir tilstrekkelig informasjon til å prøve lovanvendelsen. As anke over saksbehandlingen kan derfor ikke tas til følge.
- (85) *Prøving av lovanvendelsen*
- (86) Det gjenstår å vurdere om det er andre forhold ved As sak som tilsier at hans anke fører fram.

- (87) A var frifunnet i tingretten for det forhold han ble domfelt for i lagmannsretten, forsøk på drap av F, jf. tiltalebeslutningen post III e. Han hadde erkjent i tingretten at det var han som hadde avfyrt 17 skudd med maskinpistol og revolver mot huset til F, med formål å true hennes sønn. Tingretten frifant ham for forsøk på drap, fordi den fant at han ikke hadde utvist det nødvendige forsett. Jeg siterer fra tingrettens dom:

”Aktor har ikke bestridt at A sammen med I foretok en form for rekognosering av huset i -----veien -- noen timer før skytingen, ei heller er bestridt at han ikke visste at fru F var i huset. Likeledes er det ikke bestridt at A ikke hadde til forsett å ramme fru F på noen måte. Imidlertid har aktor fremholdt at den foretatte rekognosering må ha vært svært slurvete og overfladisk utført. Retten er enig i dette.

På bakgrunn av ovennevnte har aktor i prosedyren fremholdt at A ”tok en bevisst risiko” da han skjøt mot huset; han måtte og burde ha regnet med at det kunne være folk i huset, og han burde undersøkt dette nærmere. Aktor har anført at forholdet må bedømmes som forsøk på drap, jfr. straffeloven § 233 jfr. § 49, og at A har handlet med det nødvendige forsett (dolus eventualis ved positiv innvilgelse).

Ovenfor under tiltalen tiltalepost III a) – d) har retten behandlet vilkårene for å kunne fastslå forsettsformen dolus eventualis. Som nevnt der må retten finne det bevisst at tiltalte regnet det som mulig at skuddene kunne medføre dødsfølge, men likevel bestemte seg for at skytingen skulle gjennomføres selv om så galt skulle skje at fornærmede ville bli rammet av et dødelig skudd, jfr. Rt-2007-1559, Rt-2005-83, Rt-2001-58 og Rt-1980-979. Imidlertid er det en forskjell på å akseptere en risiko og å akseptere en følge – det første kan være bevisst uaktsomhet, mens det andre kan være forsettsformen dolus eventualis, jfr. om sontringen i bl.a. Rt-1980-979, Rt-2004-1769 og Andenæs, Alminnelig strafferett (2004) side 237.

Ut fra det totale bevisbildet har retten ikke holdepunkter for å kunne fastslå annet enn at A handlet uaktsomt da han skjøt mot huset til fru F. Selv om han er sterkt å bebreide for å ha tatt en risiko ved å skyte mot huset, er det ikke tilstrekkelig bevisst at han dermed har handlet med det nødvendige forsett i henhold til drapsbestemmelsen i straffeloven § 233. Forsøk på uaktsomt drap er ikke straffbart etter norsk rett, jfr. Andenæs, Alminnelig strafferett (2004) side 355 og Rt-1999-874, som begge henviser til at straffeloven § 49 krever fullbyrdsforsett. A må etter dette bli å frifinne for tiltalen post III e).”

- (88) Tingretten har gitt en korrekt beskrivelse av hva som skal til for at kravet til forsett i dette tilfellet ville være oppfylt. Den fant at vilkåret ikke var oppfylt. Når lagretten i motsetning til tingretten fant A skyldig, må den ha ment at forsettskravet var oppfylt – enten fordi den bedømte bevisene annerledes, eller fordi den la til grunn en annen, og i tilfelle feilaktig forståelse av forsettsformen dolus eventualis. Siden lagrettens avgjørelse ikke er begrunnet, må slutninger om hva den har lagt til grunn, trekkes på grunnlag av andre opplysninger.
- (89) I domsgrunnene for straffutmålingen uttalte lagmannsretten blant annet følgende:

”Samme kveld reiser A sammen med en venninne til fru Fs hus i Y. F pleide å bo hos sin mor når han var i Norge, men A var klar over at F selv på det tidspunkt befant seg i Spania. A kommer til fru Fs hus ved midnattstid natten mellom 10. og 11. august 2006. A har forklart, og lagmannsretten legger til grunn, at hensikten med denne turen var å rekognosere og å finne ut om det var mennesker til stede i huset. A har forklart at han kjente på panseret på den bilen som stod parkert utenfor huset, og at det var kaldt. Han gikk videre en runde rundt huset, gikk opp på terrassen som har utgang fra annen etasje i huset, og så inn gjennom vinduene. Gardinene i stuen var fratrasket, alt lys var slukket, og huset virket etter As utsagn tomt. A og venninnen reiser deretter tilbake til Oslo.

Samme natt reiser A tilbake til fru Fs hus. Han er da bevæpnet med en 7,65 kaliber maskinpistol – antakelig en Scorpion – og en revolver kaliber 38. Ca kl 0200 avfyrrer han i alt 17 skudd mot huset og mot bilen som stod parkert der. Fru F, som lå og sov på soverommet på baksiden av huset, ble ikke truffet av noen av skuddene. Hun våknet, men forstod på det tidspunkt ikke hva som var skjedd. Det var først neste morgen hun oppdaget at huset og bilen var blitt beskutt.

Det er tale om en farlig og hensynsløs handling som har sin bakgrunn i innkreving av gjeld. Lagmannsretten legger til grunn at skuddene ikke er løsnet for å drepe Js mor. Hensikten har vært å skremme J. Om motivet har A selv forklart at han var « irritert » fordi han følte seg utnyttet av J. Skytingen mot huset kan imidlertid ikke karakteriseres som en affekthandling. As forberedelser med å anskaffe våpen og å foreta en rekognosering på stedet, viser at handlingen var planlagt i alle fall over noen timer før den ble satt i verk.

As forklaring om hensikten med den rekognoseringen han først foretok, viser at han faktisk har overveid muligheten for at det bodde mennesker i huset. Lagrettens svar innebærer at A har akseptert muligheten for at Js mor kunne bli truffet av skudd, men på tross av dette valgt å skyte på huset for å oppnå å skremme J selv.”

- (90) Lagmannsrettens beskrivelse av hva som ligger i forsettsformen *dolus eventualis*, er ikke korrekt. Det er ikke tilstrekkelig at A aksepterte muligheten for at noen ble truffet av et skudd, og likevel valgte å skyte; han måtte bevisst ha tatt det standpunkt at han ville skyte selv om noen ville bli drept. Jeg viser til Rt. 2004 side 1769 avsnitt 11, der det heter:

”Det er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette momentet. Lagmannsretten måtte således ved sin straffutmåling finne det bevist at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin – her er det tale om inntil 194 gram – som skulle kjøpes/oppbevares. Denne positive innvilgelse, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller – i det nedre grenseområdet – forsettet fra den bevisste uaktsomhet.”

- (91) Forsvareren har opplyst at rettsbelæringen på dette punktet ble korrekt etter at han hadde bedt lagmannen presisere hva som ligger i forsettformen *dolus eventualis*. Når det i begrunnelsen for straffutmålingen, som både de tre fagdommerne og fire lagrettemedlemmer har tatt del i, forekommer en uriktig beskrivelse av hva som kreves for at skyldkravet skal være oppfylt, er det likevel grunn til å frykte at lagrettens forståelse av rettssetningen har vært uriktig. Dette styrkes av at det er vanskelig å forene As rekognosering på forhånd for å finne ut om det var folk i huset, med at han bevisst tok det standpunkt at han ville skyte selv om noen skulle bli drept.
- (92) I Rt. 1999 side 379 opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom etter anke over lovanvendelsen, fordi straffutmålingspremissene viste at det var sannsynlig at lagretten hadde lagt til grunn en uriktig lovforståelse ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. I vår sak gjelder anken saksbehandlingen, men etter straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1 kan ankeinstansen uansett ankegrunn prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt. Etter mitt syn må dommen mot A med ankeforhandling oppheves på grunn av usikkerheten straffutmålingspremissene skaper om lagrettens lovforståelse.
- (93) Jeg stemmer for slik

D O M :

Lagmannrettens dom, domsslutningen punkt 3, med ankeforhandling oppheves.

- | | | |
|-------|-------------------------------|--|
| (94) | Dommer Gjølstad: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (95) | Dommer Lund: | Likeså. |
| (96) | Dommer Gussgard: | Likeså. |
| (97) | Dommer Tjomsland: | Likeså. |
| (98) | Dommer Coward: | Likeså. |
| (99) | Dommer Stang Lund: | Likeså. |
| (100) | Dommer Bruzeliuss: | Likeså. |
| (101) | Dommer Skoghøy: | Likeså. |
| (102) | Dommar Utgård: | Det same. |
| (103) | Dommer Stabel: | Likeså. |
| (104) | Dommer Øie: | Likeså. |
| (105) | Dommer Tønder: | Likeså. |
| (106) | Dommer Endresen: | Likeså. |
| (107) | Dommer Bårdsen: | Likeså. |
| (108) | Kst. dommer Falkanger: | Likeså. |
| (109) | Justitiarius Schei: | Likeså. |

- (110) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannrettens dom, domsslutningen punkt 3, med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: