



# NORGES HØYESTERETT

## K J E N N E L S E

avsagt 21. oktober 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy  
dommer Kristin Normann  
dommer Ragnhild Noer  
dommer Espen Bergh  
dommer Erik Thyness

**HR-2021-2058-A, (sak nr. 21-096814STR-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts beslutning 14. juni 2021

A	(advokat Frode Sulland)
Den Norske Advokatforening (partshjelper)	(advokat Halvard Helle)
mot	
Påtalemyndigheten	(riksadvokatfullmektig Mads Fredrik Baardseth)

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

(1) Dommer **Bergh:**

**Sakens spørsmål og bakgrunn**

- (2) Anken til Høyesterett gjelder lagmannsrettens beslutning etter straffeprosessloven § 321 andre ledd om å nekte tiltaltes anke fremmet i en sak med strafferamme over seks år.
- (3) Oslo statsadvokatembeter tok 27. april 2020 ut tiltalebeslutning mot A. Tiltalen gjaldt blant annet to tilfeller av voldtekt etter straffeloven § 292, jf. § 291. Fornærmede var B, som har vært As kjæreste. Grunnlaget for tiltalen for voldtekt var beskrevet slik:
- «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.»
- (4) A ble samtidig tiltalt etter straffeloven § 273 for kroppsskade for handlinger begått i sammenheng med voldtektene. Grunnlaget for dette var 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.»
- (5) Tiltalen omfattet også trusler og kroppskrenkelse overfor B ved enkelte andre anledninger samt oppbevaring og besittelse av narkotika.
- (6) Ved Asker og Bærum tingretts dom 15. mars 2021 ble A dømt i samsvar med tiltalen til fengsel i seks år og seks måneder. Han ble også dømt til å betale oppreisning til B med 220 000 kroner.
- (7) A anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalepostene om voldtekt og kroppsskade samt straffutmålingen. Han krevde også ny behandling av oppreisningserstatningen. Forsvareren innga støtteskriv.

- (8) Ved Borgarting lagmannsretts beslutning 14. juni 2021 ble anken i sin helhet nektet fremmet.
- (9) A har anket til Høyesterett. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 12. august 2021 ble anken henvist til behandling i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum.
- (10) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 1. september 2021 (HR-2021-1771-U) ble Den Norske Advokatforening, etter en analogisk anvendelse av tvisteloven § 15-7, tillatt å opptre som partshjelper i saken.
- (11) *A og partshjelperen* har gjort gjeldende at saken reiser prinsipielle spørsmål om adgangen til å nekte en anke fremmet i en alvorlig straffesak der strafferammen er fengsel i mer enn seks år. Deres syn er at ankenektelsen ikke var forsvarlig, og at lagmannsrettens begrunnelse heller ikke er tilstrekkelig. A har også gjort gjeldende at opplysninger som er fremkommet under saksforberedelsen for Høyesterett om anmeldelser som fornærmede har inngitt i andre saker, viser at saken ikke var fullstendig opplyst ved lagmannsrettens behandling. Dette utgjør et selvstendig grunnlag for opphevelse, jf. straffeprosessloven § 294.
- (12) *Påtalemyndigheten* har sagt seg enig i at lagmannsrettens beslutning må oppheves. Også påtalemyndigheten mener at det i denne saken ikke er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for å nekte anken fremmet, og at saken ikke var tilstrekkelig opplyst ved lagmannsrettens behandling.

### **Mitt syn på saken**

#### ***Høyesteretts prøving og mitt resultat***

- (13) Høyesteretts kompetanse er begrenset til prøving av lagmannsrettens saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 321 femte ledd. Som jeg kommer tilbake til, omfatter dette også om det ut fra retts- og bevissspørsmålene i saken var forsvarlig å nekte anken fremmet etter en skriftlig og forenklet behandling
- (14) Jeg er kommet til at lagmannsrettens beslutning må oppheves fordi det i dette tilfellet ikke var forsvarlig å avgjøre saken på grunnlag av en skriftlig og forenklet behandling. Det er da ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om beslutningen også må oppheves fordi saken ikke var fullstendig opplyst.

#### ***Grunntrekkene i silingsordningen***

- (15) Når tiltalte eller påtalemyndigheten anker tingrettens dom i en straffesak til lagmannsretten, betyr det ikke uten videre at saken går til muntlig ankeforhandling. Loven krever en særskilt beslutning av lagmannsretten om *henvisning til ankeforhandling*, jf. straffeprosessloven § 325 første ledd første punktum. Etter denne bestemmelsen skal henvisning skje hvis saken ikke er avgjort «etter forestående regler». Formuleringen viser ikke bare til den såkalte silingsbestemmelsen i § 321, som denne saken gjelder, men også

til reglene om avvisning av anker i §§ 317 til 320 og til reglene om opphevelse eller frifinnelse uten ankeforhandling i § 322.

- (16) Etter § 321 første ledd kan anke i mindre alvorlige saker bare fremmes med «rettens samtykke». Dette er saker «hvor påtalemyndigheten ikke har påstått og det ikke er idømt annen reaksjon enn bot, inndragning eller tap av retten til å føre motorvogn mv.».
- (17) Denne saken gjelder § 321 andre ledd første punktum, som lyder:
- «Anke til lagmannsretten kan for øvrig nektes fremmet når retten finner det klart at anken ikke vil føre frem.»
- (18) Bestemmelsen gir lagmannsretten adgang til å nekte en anke fremmet, det vil si å unnlate å henvise den til muntlig ankeforhandling. Nektelse kan bare skje der det er *klart* at anken ikke vil føre frem. Beslutningen krever enstemmighet blant de tre dommerne, jf. § 321 tredje ledd første punktum.
- (19) Paragraf 321 andre ledd har stått uendret siden den såkalte to-instansreformen trådte i kraft 1. august 1995. Frem til 1. januar 2020 var det imidlertid en særlig bestemmelse i § 321 tredje ledd som gjorde at regelen ikke gjaldt for enkelte særlig alvorlige straffesaker. I disse sakene skulle lagmannsretten henvise anken til ankeforhandling uten noen vurdering av mulighetene for at anken ville føre frem. Avgrensningen skjedde utelukkende ut fra strafferammen – om lovovertrædelsen «etter loven» kunne medføre fengsel i mer enn seks år. En tilsvarende avgrensning har også vært benyttet i andre bestemmelser i straffeprosessloven, og man har ofte omtalt disse sakene som *seksårssaker*.
- (20) Straffeprosessloven § 321 stilte opprinnelig ikke krav om at lagmannsrettens beslutning om å nekte en anke fremmet skulle være begrunnet. Dette ble imidlertid endret ved Høyesteretts kjennelse 19. desember 2008, Rt-2008-1764, som ble avsagt etter behandling i storkammer. Høyesterett konkluderte med at det følger av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5 at alle nektelsesavgjørelser etter § 321 andre ledd første punktum skal begrunnes, og at denne regelen må legges til grunn som intern norsk rett, se avsnitt 102. Etter denne avgjørelsen ble kravet om begrunnelse tatt inn i loven ved en lovendring i 2010, se nå straffeprosessloven § 321 fjerde ledd tredje punktum.
- (21) Bestemmelsen om ankesiling i § 321 gjelder uavhengig av ankegrunnen og anvendes dermed også der anken er begrenset til å gjelde saksbehandlingen, lovanvendelsen under skyldspørsmålet eller reaksjonsfastsettelsen – straffutmålingen. Grunnvilkårene for å nekte en anke fremmet er de samme uansett ankegrunn. Den konkrete vurderingen kan likevel bli noe forskjellig. Jeg nevner særskilt at ved anker over straffutmålingen vil ikke enhver mulighet for endring av straffen være tilstrekkelig til at anken skal fremmes. Dette følger av bestemmelsen i straffeprosessloven § 344, som fastsetter at hvis lovanvendelsen blir opprettholdt, skal retten ikke endre den utmålte straffen uten at det er et åpenbart misforhold mellom den straffbare handlingen og straffen. Jeg viser til HR-2016-1803-A avsnitt 17 om betydningen av denne bestemmelsen ved lagmannsrettens ankesiling.
- (22) A anket i denne saken til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalepostene om voldtekt og kroppsskade. Han hevder at han ikke har begått disse handlingene. Dette vil være utgangspunktet for min videre drøftelse.

### ***Klarhetskravet***

- (23) Grunnvilkåret for å nekte en anke fremmet etter § 321 andre ledd første punktum er at det er *klart* at anken ikke vil føre frem.
- (24) Dette er et strengt vilkår. I forbindelse med at bestemmelsens virkeområde ble utvidet til også å omfatte seksårssakene, benyttet justiskomiteens mindretall, som fremmet det forslaget som fikk flertall i Stortinget, uttrykk som «saker der utfallet er gitt på forhånd», og «åpenbare saker», se Innst. 305 L (2018–2019) side 4.
- (25) Kriteriet *klart* er det samme som gjelder etter tvisteloven § 29-13 andre ledd for å nekte en anke fremmet i en sivil sak. Terskelen kan åpenbart ikke være lavere i straffesaker enn i sivile saker. I forarbeidene til bestemmelsen i tvisteloven, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 297, er det fremhevet at hensikten med bestemmelsen er «å stoppe de håpløse ankene før det påløper ytterligere kostnader», se også beskrivelsen av terskelen i Rt-2015-506 avsnitt 16.
- (26) Siden terskelen for å nekte en anke fremmet allerede er meget høy, vil det gi liten mening å stille enda strengere krav enn ellers for de mest alvorlige sakene. Rettspraksis bygger derfor på at *terskelen* ikke er høyere jo mer alvorlig saken er, se HR-2021-750-U avsnitt 10 med videre henvisninger. Dette har også forankring i lovforarbeidene til endringen for seksårssaker. I Prop. 53 L (2018–2019) side 20 heter det:

«Videre mener departementet i likhet med utvalgets flertall at et synspunkt om at silingsordningen gir tilstrekkelig rettssikkerhet for noen saker, men ikke de aller mest alvorlige, er problematisk fra et prinsipielt ståsted. Dette må gjelde selv om det kan innvendes at konsekvensene ved feil er større i mer alvorlige straffesaker.»

### ***Forsvarlighetskravet***

- (27) Det er et vilkår for å nekte en anke fremmet at lagmannsretten har et forsvarlig grunnlag for å avgjøre saken uten å gjennomføre en muntlig ankeforhandling. Dette grunnleggende kravet ble formulert slik i storkammeravgjørelsen i 2008, se Rt-2008-1764 avsnitt 51:
- «Selv om silingsbehandlingen finner sted uten ordinært rettsmøte med muntlige partsforhandlinger og umiddelbar bevisføring, bygger loven på den klare forutsetning at også denne behandlingsformen skal gi en reell overprøving av tingrettens dom med bakgrunn i det som anføres i anken. Dette innebærer at dersom behandlingsformen fører til at lagmannsretten ikke kan foreta en forsvarlig prøving av anken, for eksempel på grunn av sakens kompleksitet eller den konkrete bevissituasjonen, skal anken fremmes.»
- (28) På grunnlag av dette har Høyesteretts ankeutvalg i en rekke senere avgjørelser fremhevet at en anke bare kan nektes fremmet dersom det *ut fra retts- og bevisspørsmålene i saken er forsvarlig å gjøre dette på grunnlag av en skriftlig og forenklet behandling*, se som eksempel Rt-2012-1342 avsnitt 15. Dette utgangspunktet er også fremhevet i lovforarbeidene i forbindelse med endringen for seksårssakene, se Prop. 53 L (2018–2019) side 20. At behandlingsformen reelt sett er en forenklet skriftlig behandling av anken, er dessuten understreket i samme proposisjon på side 10.

- (29) Det følger av kravet om forsvarlighet at lagmannsretten også må vurdere om behandlingen i tingretten har vært betryggende. Dersom det har vært svakheter ved tingrettens behandling, vil det i mange tilfeller medføre at det ikke er forsvarlig å nekte anken fremmet, se som eksempler Rt-2012-939 avsnitt 12 og HR-2018-1330-U avsnitt 12.
- (30) I Prop. 53 L (2018–2019) side 20 uttaler departementet at det er «grunn til å forvente at noen av de alvorligste straffesakene vil reise retts- og bevissspørsmål av en slik karakter at det ikke vil være forsvarlig å nekte en anke fremmet på grunnlag av en skriftlig og forenklet behandling». Sakens alvor vil inngå i de momentene som må tas i betraktning ved vurderingen av om det er forsvarlig å avgjøre ankesaken uten en muntlig ankeforhandling.
- (31) Kravet til forsvarlighet har nær sammenheng med lovens klarhetskrav. Man kan ikke konstatere at det er klart at en anke ikke vil føre frem dersom retten ikke har et forsvarlig grunnlag for en slik avgjørelse. Samtidig må et krav om forsvarlig behandling anses som et generelt og grunnleggende krav til domstolenes arbeid, som følger allerede av bestemmelsen i Grunnloven § 95 om at enhver har rett til en *rettferdig* rettergang. Som jeg kommer tilbake til, inneholder videre Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 et krav om forsvarlig behandling, som også gjelder i ankesaker.
- (32) Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse HR-2020-2287-U klargjør hva som ligger i forsvarlighetskravet. Saken gjaldt tiltale for seksuelle overgrep med en strafferamme på mer enn seks år. I avsnitt 12 viser ankeutvalget blant annet til at de alvorligste handlingene som domfellelsen i tingretten gjaldt, lå mange år tilbake i tid. Deretter uttales det i avsnitt 13 og 14:
- «(13) Hverken for post I eller post II foreligger det avgjørende tekniske bevis. I hovedsak bygger tingrettens domfellelse etter disse to postene på troverdighetsvurderinger. Det er ikke tvilsomt at de fornærmedes forklaringer understøtter hverandre, og at de også – slik både tingretten og lagmannsretten fremhever – understøttes av enkelte andre bevis. Langt på vei dreier det seg likevel om en sak hvor ord står mot ord, og hvor muntlig og umiddelbar bevisføring vil være nødvendig for å kunne foreta en reell overprøving av tingrettens dom. Først da vil As innvendinger mot tingrettens bevisvurdering kunne behandles på en forsvarlig måte.
- (14) Etter ankeutvalgets syn var det etter dette ikke forsvarlig å nekte anken over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet fremmet etter en skriftlig og forenklet behandling.»
- (33) Det konkrete bevisbildet i saken er altså sentralt. Dersom forklaringen fra fornærmede utgjør det sentrale grunnlaget for domfellelsen i tingretten, vil det i mange tilfeller ikke være forsvarlig å avgjøre ankesaken uten en muntlig ankeforhandling i lagmannsretten. Generelt gjelder at dersom tiltalte benekter å ha begått den handlingen som beskrives i tiltalen, kan hans eller hennes forklaring bare settes til side som mindre troverdig enn forklaringene fra fornærmede og andre vitner dersom lagmannsretten, på grunnlag av skriftlig og forenklet behandling, har grunnlag for å konstatere at det samlet foreligger bevis og omstendigheter som gjør at det kan utelukkes at den tiltalte forklarer seg riktig. Dette gjelder typisk der det foreligger fellende tekniske bevis, men er ikke begrenset til slike tilfeller.

### ***Bruken av silingsadgangen***

- (34) Det jeg har gjennomgått, viser at det gjelder strenge krav for å nekte en anke fremmet etter straffeprosessloven § 321 andre ledd første punktum. Utgangspunktet er at tiltalte har krav på å få sin anke behandlet ved en muntlig ankeforhandling i lagmannsretten.
- (35) A ved sin forsvarer og partshjelperen har for Høyesterett fremlagt statistikk som viser at lagmannsretten benytter adgangen til ankenektelse i et stort antall saker. De fremhever at statistikken gir grunn til alvorlig bekymring for om silingsadgangen benyttes i flere saker enn det er grunnlag for ut fra de strenge kravene som følger av loven.
- (36) Jeg har ikke grunnlag for å gå inn på noen slik vurdering. Den foreliggende statistikken har begrensninger, blant annet ved at den ikke skiller mellom saker der tiltalte nekter straffskyld, og saker der anken gjelder andre spørsmål. Uansett er antallet ankenektelser i seg selv etter mitt syn i liten grad egnet til å belyse hvordan lagmannsrettene anvender lovens krav. Det avgjørende må være om det i den enkelte saken, med de strenge kravene som gjelder, er grunnlag for å nekte anken fremmet.

### ***Krav til begrunnelsen***

- (37) De grunnleggende kravene til lagmannsrettens begrunnelse for å nekte en anke fremmet ble presisert allerede i storkammeravgjørelsen som etablerte begrunnelsesplikten, se Rt-2008-1764 fra avsnitt 104.
- (38) Et sentralt utgangspunkt er at begrunnelsen må vise at lagmannsretten har foretatt en *reell overprøving*, se avsnitt 104. I avsnitt 105 understreker Høyesterett:
- «Begrunnelsen må vise at de feil som påberopes ved tingrettens avgjørelse, er oppfattet, og hvorfor anken klart ikke vil føre fram.»
- (39) Som Høyesterett fremhever i avsnitt 106 til 108, vil kravet til begrunnelsen variere med karakteren av den enkelte saken.
- (40) Når anken gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, er det ikke tilstrekkelig at lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering eller gir uttrykk for at det ikke er kommet frem noe som endrer tingrettens konklusjon. Det må gis en begrunnelse som forklarer *hvorfor* det er *klart* at anken ikke vil føre frem. Lagmannsretten må altså gå inn på bevissituasjonen, gjøre rede for sentrale bevis og klargjøre hvordan det ut fra disse er grunnlag for å sette til side tiltaltes forklaring, se som eksempel HR-2020-1269-U avsnitt 26.
- (41) De krav til begrunnelsen som følger av storkammeravgjørelsen fra 2008 og Høyesteretts senere praksis, er oppsummert i en rekke avgjørelser fra ankeutvalget, se blant annet HR-2020-1269-U avsnitt 19 og HR-2021-1259-U avsnitt 9.
- (42) Høyesteretts ankeutvalg har i sin praksis etter at § 321 andre ledd ble gjort gjeldende også for seksårssakene, uttalt at det kan være grunn til å stille særlig strenge krav til

lagmannsrettens begrunnelse i de mest alvorlige sakene, se HR-2021-1259-U avsnitt 10 med videre henvisninger. Jeg bygger på dette.

### **EMK artikkel 6 nr. 1**

(43) Høyesterett har i storkammeravgjørelsen Rt-2008-1764 gitt en bred redegjørelse for forholdet mellom den norske silingsordningen og retten til anke etter SP artikkel 14 nr. 5 og etter syvende tilleggsprotokoll til EMK artikkel 2 (EMK P7-2). Som jeg har nevnt, ble begrunnelsesplikten etablert ut fra de forpliktelsene som følger av SP artikkel 14 nr. 5. Partene har samtidig bygget på, og jeg er enig i, at SP artikkel 14 nr. 5 og EMK P7-2 ikke stiller krav som er av sentral betydning for spørsmålene i denne saken.

(44) Det er derimot grunn til å vurdere i hvilken grad bestemmelsen om retten til *rettferdig rettergang* i EMK artikkel 6 skal forstås slik at den gir siktede en rett til få anken behandlet *muntlig*. Artikkel 6 nr. 1 første punktum lyder slik:

«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 within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.»

(45) Bestemmelsen gir altså en rett til muntlig behandling. Det er imidlertid på det rene at dette kravet kan oppfylles gjennom behandlingen i én instans, og at artikkel 6 nr. 1 i utgangspunktet ikke gir en siktet krav på ankebehandling. Bestemmelsen krever ikke at statene oppretter ankeordninger. Samtidig er det ikke tvilsomt at dersom en stat først gir en adgang til å anke, må ankeinstansens behandling oppfylle kravene til rettferdig rettergang i artikkel 6. Jeg viser til Rt-2008-1764 avsnitt 63 og til Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 5. utgave, 2020 side 578.

(46) Anvendelsen av artikkel 6 nr. 1 på ankebehandlingen i en straffesak er belyst gjennom en rekke avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). En nyere avgjørelse, dom 25. februar 2021 *Mtchedlishvili mot Georgia*, oppsummerer i stor grad tidligere praksis. I avsnitt 30 og 31 beskrives utgangspunktene slik:

«30. The Court reiterates that the manner of the application of Article 6 to proceedings before courts of appeal depends on 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 (see *Hermi v. Italy* [GC], no. 18114/02, § 60, ECHR 2006-XII, and *Popovici v. Moldova*, nos. 289/04 and 41194/04, § 66, 27 November 2007).

31. The Court would not exclude the possibility that in the criminal sphere the nature of the issues to be dealt with before the tribunal or court may not require an oral hearing (see *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, § 43, ECHR 2006-XIV, and *Talabér v. Hungary*, no. 37376/05, § 24, 29 September 2009). Where a public hearing has been held at first instance, the absence of such a hearing may be justified at the appeal stage by the special features of the proceedings at issue, having regard to the nature of the domestic appeal system, the scope of the appellate court's powers and the manner in which the applicant's interests were actually presented and protected before the court of appeal, particularly in the light of the nature of the issues to be decided by it (see, among other authorities, *Hermi*, cited



above, § 62, and *Popovici*, cited above, § 66). 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 (see *Ekbatani v. Sweden*, 26 May 1988, § 31, Series A no. 134, and *Fejde v. Sweden*, 29 October 1991, § 31, Series A no. 212-C).»

- (47) EMD understreker her at anvendelsen av artikkel 6 på prosessen for ankeinstanser må bygge på de særlige trekkene som gjelder for det enkelte lands prosessordning. Det skal legges vekt på helheten i det enkelte lands rettssystem og ankeinstansens rolle innenfor dette systemet.
- (48) I avsnitt 31 fremheves at det ikke gjelder noe absolutt krav om en offentlig og muntlig behandling i ankeinstansen. Også i denne sammenheng understreker EMD at det må legges vekt på særtrekkene ved det enkelte lands ankeordning. Dette omfatter blant annet ankeinstansens myndighet og hvordan den siktedes interesser faktisk presenteres og beskyttes ved ankeinstansens behandling.
- (49) EMD viser videre til at domstolens praksis bygger på en inndeling der man skiller mellom avgjørelser om anketillatelse («leave-to-appeal proceedings»), anker som gjelder lovanvendelsen, og ankesaker som gjelder bedømmelse av faktum. I de to førstnevnte typetilfellene vil man i stor grad akseptere ankebehandling uten at siktede gir ny forklaring for ankeinstansen. Samtidig presiserer EMD i dommens avsnitt 32 at heller ikke i saker hvor ankeinstansens kompetanse omfatter «both facts and the law», vil artikkel 6 nr. 1 alltid innebære et krav om offentlig og muntlig behandling.
- (50) Forholdet mellom den norske ankesilingsordningen og EMK artikkel 6 ble vurdert både da ordningen ble innført ved to-instansreformen fra 1995, og ved endringen for seksårssaker fra 2020. Det kan synes som man i den sammenheng har hatt som utgangspunkt at ordningen etter straffeprosessloven § 321 andre ledd gjelder anketillatelse – «leave-to-appeal». I NOU 1992: 28 om to-instansreformen side 50 uttales dette direkte. I Prop. 53 L (2018–2019) er det i drøftelsen særlig vist til EMDs avvisningsavgjørelse 26. oktober 1995 i sak *E.M. mot Norge*. Denne gjaldt det tidligere systemet med krav om samtykke – anketillatelse – fra Høyesteretts kjæremålsutvalg til fornyet behandling ved lagmannsretten, som skiller seg fra den nåværende ordningen etter straffeprosessloven § 321 andre ledd.
- (51) Det er etter mitt syn ikke klart om ordningen etter straffeprosessloven § 321 andre ledd ved vurderingen etter artikkel 6 nr. 1 skal anses som en ordning med krav om anketillatelse – «leave-to-appeal». Jeg viser i denne sammenheng til drøftelsen av ordningen for sivile saker i dommer Skoghøys mindretallsvotum i Rt-2009-1118 avsnitt 111 og 114 og i Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017 side 1145–1146.
- (52) Jeg kan imidlertid ikke se at det vil være avgjørende for anvendelsen av EMK artikkel 6 på ankesiling etter straffeprosessloven § 321 andre ledd om det anses å foreligge en «leave-to-appeal»-ordning. Det grunnleggende kravet etter EMK artikkel 6 er at rettergangsordningen skal være *rettferdig*. Ved denne vurderingen må man, slik det er understreket av EMD, foreta en samlet vurdering av den norske prosessordningen og ankesilingsordningen som en del av denne.

- (53) Som jeg har fremhevet, er utgangspunktet etter straffeprosessloven § 321 at siktede har krav på en muntlig ankeforhandling. Unntak kan bare gjøres dersom de strenge kravene som jeg har redegjort for, er oppfylt. Jeg kan vanskelig se at den norske ordningen, praktisert på denne måten, er i strid med kravet om rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Samtidig understreker jeg at EMK artikkel 6 utvilsomt stiller krav til praktiseringen av straffeprosessloven § 321 andre ledd. Ut fra det jeg har påpekt, medfører også EMK artikkel 6 et krav om at en anke bare kan nektes fremmet når dette er fullt forsvarlig på det grunnlaget som foreligger ved lagmannsrettens skriftlige behandling.
- (54) A ved sin forsvarer og partshjelperen har, blant annet med henvisning til Mtchedlishvili-dommen, gjort gjeldende at ankenektelse med den virkning at siktede ikke får avgi muntlig forklaring for lagmannsretten, etter EMK artikkel 6 krever at det foreligger en helt særlig situasjon. Det er vist til at EMD i avsnitt 33 uttaler at unntak fra utgangspunktet om at siktede har rett til å avgi muntlig forklaring, skal være «exceptional».
- (55) 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.

### *Lagmannsrettens ankenektelse i denne saken*

- (56) Det fremgår av tingrettens dom at A og B ble kjæresten høsten 2018. De var ikke samboere, men var mye sammen. Tingretten har gjengitt blant annet følgende fra deres forklaring om seksuell omgang:
- «Samtidig har både tiltalte og fornærmede forklart at de hadde mye og til dels røff og hardhendt seksuell omgang. De karakteriserte det begge som ‘pornosex’. I den forbindelse kunne tiltalte bite fornærmede over alt på kroppen, holde rundt nakken og halsen hennes, og lugge henne så hårtuster falt av. Han sluttet med lugging under sex da fornærmede ba ham om det. Hun har også forklart at han godtok å bite kun på områder som ikke ville synes når hun gikk med badedrakt.»
- (57) Om rusbruk uttaler tingretten følgende:
- «Fornærmede har erkjent at hun har hatt et problem med rusmidler, både alkohol og hasj. Også tiltalte drakk alkohol og brukte narkotika.»
- (58) Ved tingrettens bevisvurdering var det et sentralt spørsmål om merker og sår på Bs kropp kunne ha en annen forklaring enn at hun hadde vært utsatt for voldtekter som angitt i tiltalen. Tingretten uttaler om dette:
- «**Retten** kan ikke utelukke at noen av blåmerkene og sårene på fornærmede stammer fra fall eller støt som tiltalte ikke har skyld i, enten hun har falt i ruspåvirket tilstand eller ikke. Retten kan heller ikke utelukke at noen stammer fra frivillig seksuell omgang, hvor fornærmede har godtatt hardhendt behandling. 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.»

(59) Deretter uttaler tingretten:

«Retten legger særlig vekt på fornærmedes forklaring, som fremstår vesentlig mer troverdig enn tiltaltes egen forklaring. Tiltaltes forklaring bærer preg av å være oppkonstruert og tilpasset bevisene i saken.»

(60) Dommen inneholder videre en omfattende vurdering av troverdigheten av fornærmedes forklaring. Tingretten nevner at hun har hatt vanskelig med å skille de enkelte episodene fra hverandre og å huske alle detaljer. Dette tillegges imidlertid ikke avgjørende vekt. Av momenter som styrker fornærmedes forklaring, viser tingretten til at hun har forklart seg konsistent overfor voldtekstmottaket, politiet og retten. Retten gir videre en grundig redegjørelse for forklaringen fra fornærmedes psykolog om kontakten med fornærmede og for psykologens vurdering.

(61) Når det gjelder fornærmedes skader, gjengir tingretten forklaringen fra overlegen ved voldtekstmottaket. Den må forstås slik at de fysiske skadene og de psykiske symptomene er forenlige med fornærmedes forklaring. Slik jeg oppfatter det, gir forklaringen likevel ikke i seg selv grunnlag for å sette til side As forklaring.

(62) Lagmannsretten gir i sin beslutning følgende begrunnelse for at det er klart at anken over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ikke vil føre frem:

«Tingretten viste blant annet til at fornærmedes forklaring ble støttet av legeerklæringen fra overgrepsmottaket, der fornærmede henvendte seg etter hendelse nr. 2. Av denne erklæringen fremgår at fornærmede hadde et særdeles høyt antall blåmerker og bloduttredelser. Lagmannsretten viser i denne sammenheng også til illustrasjonsmappen i sakens dok. 09,04. Tingretten har for øvrig lagt vekt på at de fremsatte truslene samme dag som hendelse nr. 2 (tiltalens post III b, som ikke er påanket) også kaster lys over de påankete postene.

Lagmannsretten er enig i dette, og kan ikke se at det hefter svakheter ved tingrettens bevisvurdering.

Lagmannsretten finner det klart at anførselene i forsvarerens støtteskriv ikke på noen avgjørende måte rokker ved tingrettens bevisvurdering. De fleste av anførselene synes vurdert av tingretten, herunder at [fornærmede] opprinnelig forklarte seg om flere overgrep enn det tiltalen gjelder. Når det særskilt gjelder anførselen om at fornærmedes rusproblemer var større enn det hun selv har gitt uttrykk for, er også dette til en viss grad vurdert av tingretten (dommens side 10 øverst og side 11 nederst). Uansett finner lagmannsretten det klart at heller ikke dette, hensett til det samlede bevisbildet, på noen avgjørende måte kan rokke ved tingrettens bevisvurdering.»

(63) Etter mitt syn var det ikke forsvarlig å avgjøre denne saken på grunnlag av en forenklet og skriftlig behandling.

(64) Tiltalen gjelder voldtekter i et kjæresteforhold der begge parter har erkjent at det ofte har forekommet røff og hardhendt seksuell omgang. Ut fra dette kunne de konstaterte skadene på fornærmede ikke i seg selv gi grunnlag for noen sikker konklusjon. Jeg forstår det slik at dette også har vært tingrettens utgangspunkt.

- (65) Domfellelsen bygger dermed i stor grad på en vurdering av troverdigheten av fornærmedes og tiltaltes forklaringer. Tingretten har begrunnet hvorfor den anser fornærmedes forklaring som troverdig. Dette er likevel i begrenset grad bygd på annet enn de forklaringene fornærmede og tiltalte har gitt i straffesaken, og det fornærmede har gitt uttrykk for i sin kontakt med andre. Med et slikt bevisbilde kan en reell overprøving vanskelig skje på annen måte enn ved muntlig ankeforhandling der retten får høre forklaringene fra tiltalte, fornærmede og øvrige vitner.
- (66) Uansett er begrunnelsen for ankenektelsen ikke tilstrekkelig. Lagmannsretten begrenser seg i stor grad til å fremheve at det ikke er «svakheter» eller noe som «rokker ved» tingrettens bevisvurdering. Retten gir ikke noen selvstendig redegjørelse for *hvorfor* det er *klart* at anken ikke kan føre frem.

### **Konklusjon**

- (67) Etter dette foreligger det saksbehandlingsfeil som må lede til at lagmannsrettens beslutning oppheves.
- (68) Jeg stemmer for denne

### K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.

- (69) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (70) Dommer **Noer:** Likeså.
- (71) Dommer **Thy Ness:** Likeså.
- (72) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (73) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

### K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.