

JAN TENNØE
Advokat med møterett for Høyesterett
Grindbakken 58, 0764 Oslo
Tlf 92 21 98 90, 0033 632 94 74 93 Mail: jantennoe@gmail.com

**Prosesskrift
til
Borgarting lagmannsrett**

Oslo 16. desember 2011

Oslo tingretts sak nr. 11-089355 TVI-OTIR/06

Ankende part: Fredrik Fasting Torgersen

Enebakkveien 52, 0657 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Jan Tennøe
Grindbakken 58
0764 Oslo

Ankemotpart: 1. Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker
Postboks 8026 Dep, 0030 Oslo

2. Staten v/Justisdepartementet
Postboks 8005 Dep, 0030 Oslo

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Tolle Stabell
Postboks 8012, 0030 Oslo postmottak@regjeringsadvokaten.no

Jeg viser til Statens tilsvar av 5. desember 2011.

Staten påberoper seg i sitt tilsvar at den begrensning i domstolenes prøvelsesrett som Staten tidligere har påberopt seg, vil medføre et annet og mye mindre omfang på prosessen enn den prøvelsesrett som Torgersen påberoper seg og at tvistetemaet av den grunn vil bli forskjellig i de to tilfellene.

Jeg er ikke enig heri. Dog kan utfallet for påstandene nr. 2 – 5 i min stevning og argumentene der i noen grad bli påvirket av utfallet i Baneheiasaken. En prosess for disse punktene (2 – 5) vil uansett bare legge beslag på en liten del av tiden som vil gå med i saken, idet det er pkt 1 og bevisføringen for dette punkt som vil ta henimot all tid og oppmerksomhet under hovedforhandlingen.

Staten har tillagt meg standpunkter jeg ikke har inntatt og benyttet disse påståtte standpunktene som grunnlag for å begjære saken stanset:

Staten har anført at Høyesteretts avgjørelse i Baneheiasaken vil ha betydning for hvor omfattende prøvelsesretten vil være for Torgersens sak og prosessen for øvrig. Jeg er ikke enig i dette. Det er ikke påberopt av meg at retten i selve prosessen skal gi seg inn i en full og ubegrenset prøvelse av det skjønns som er utvist av Gjenopptakelseskommisjonene og at domstolene har en anledning til å gjøre dette. Statens prosessfullmektig har i sitt tilsvare av september til min stevning tillagt meg det motsatte syn av det jeg har anført, for så å anføre at en slik prøvelsesrett (som jeg ikke påberoper meg), må avvente en avgjørelse i Baneheiasaken

Det som jeg har påberopt meg og som Staten nå prøver å se bort fra, er at svært mange av kommisjonenes begrunnelser og konklusjoner er så aldeles gale at det foreligger klar eller grov urimelighet, uforsvarlighet, vilkårlighet og/eller myndighetsmisbruk for de vedtak som er truffet av kommisjonene i 2006 og 2010. I mange årtier nå har det vært **utvilsom gjeldende rett** at domstolene når slike (store) feil er gjort, i medhold av sin vanlige prøvelsesrett for forvaltningsvedtak, kan sette slike forvaltningsvedtak til side som ugyldige. Det er denne vanlige prøvelsesretten jeg påberoper meg.

Nærmere om innholdet i prøvelsesretten

Staten har henvist til Oslo tingretts avgjørelse i Baneheiasaken for hva som er korrekt forståelse av prøvelsesretten. I sakens anledning har Staten på side 15 i tilsvaret av september vist til følgende uttalelser fra tingretten: *"Videre skal retten vurdere om den begrunnelse som er gitt for kommisjonens avgjørelse, har preg av en uforsvarlig vurdering."* På side 16: *"Myndighetsmisbruk. Retten ser seg klart kompetent til å prøve eksistensen av dette."*

På vegne av Torgersen slutter jeg meg helt til det syn det her er gitt uttrykk for. Det er derfor i utgangspunktet enighet mellom partene om prøvelsesrettens omfang og at domstolene har anledning til å tilsidesette avslagene fra Gjenopptakelseskommisjonene.

Men Staten har på en ubegrunnet måte forvansket den prøvelsesadgang som måtte gjelde:

Staten anfører på side 18 i tilsvaret av september: *"Gjenopptakelseskommisjonens vurdering av faktum kan ikke prøves."* Skal denne påberopte regel vedrørende faktum ha forrang eller skal de utvilsomt gjeldende regler om prøvelsesrett overfor uforsvarlighet og myndighetsmisbruk slå gjennom? Staten har en tvetydighet i sin argumentasjon her som ikke er akseptabel og **provoseres** til å klargjøre sitt syn.

Jeg legger til grunn som selvsagt at domstolenes vanlige prøvelsesrett også innebærer kompetanse til å tilsidesette kommisjonenes vedtak for så vidt gjelder uriktig oppfatning av faktum. Dette under

forutsetning av at faktum er vurdert slik av kommisjonene at vedtakene er uforsvarlige eller innebærer myndighetsmisbruk. Jeg ser intet rettskildemessig belegg for Staten for å anføre det motsatte. Heller ingen reelle hensyn taler for at myndighetsmisbruk eller uforsvarlighet skal aksepteres fordi feilene kan tilbakeføres til at avgjørelsen bygger på feil faktum.

Myndighetsmisbruket/uforsvarligheten blir ikke bedre eller mer akseptabelt dersom en avgjørelse, slik som i Torgersen-saken, er basert på avgjørende feil faktum som forvaltningsorganet bevisst har valgt å legge til grunn.

Staten anfører videre på side 18 at "*vilkårighet/grov urimelighet*" synes uegnet til å bli prøvet av domstolene. Uttalelsen fremstår som et ubegrunnet påfunn fra Regjeringsadvokatens side som kun er egnet til å skape ytterligere uklarhet eller forvirring i saken om den jus Staten mener skal legges til grunn. Vilkårighet/grov urimelighet som skyldes feil faktum må etter sikker domstolsskapt rett frem til nå betraktes på samme måte som uforsvarlige vurderinger/myndighetsmisbruk og må behandles på samme måte. Det er ingen logisk forskjell på hva som faller innenfor det ene sett av uttrykk og det annet sett av uttrykk som gjør det mulig å behandle dem forskjellig. Tvert imot vil et vedtak som rammes av det ene sett av uttrykkene svært ofte, kanskje alltid, også rammes av det annet sett av uttrykkene. Ingen reelle hensyn taler for at domstolenes prøvelsesrett skal underkastes en slik begrensning i prøvelsesrette som Staten, uten rettskildemessig forankring, hevder skal legges til grunn.

Statens anførsler om prøvelsesretten er uten praktisk betydning både for hvordan prosessen i Torgersens sak vil forløpe og utfallet av saken.

Staten har som jeg har påpekt ovenfor, akseptert at domstolene har prøvelsesrett overfor Gjenopptakelseskommisjonens vedtak. Statens anførsler viser at Staten prøver å innføre nye både svært uklare og svært vanskelige begrensninger i denne prøvelsesretten, begrensninger som vil være klart i strid med den sedvanlige domstolsskapte prøvelsesrett. Det er så vidt jeg kan se, ingen reelle hensyn som tilsier at Staten skal gis medhold i noe slikt, og det synes lite sannsynlig at Staten skulle få medhold i noe slikt i Høyesterett i Baneheiasaken. Jeg er ikke en gang klar over om Staten har fremsatt slike anførsler i Baneheiasaken. Dette **provoseres** opplyst og dokumentert fra Statens side. Om Staten skulle få slikt medhold, betyr en slik ny grensedracting imidlertid lite eller ingenting for utfallet av Torgersens sak. Dette fordi feilene jeg påberoper meg i Torgersens sak kan rubriseres under uttrykkene uforsvarlighet og/eller myndighetsmisbruk. Dessuten medfører summen av alle disse feilene at vedtakene utvilsomt er uforsvarlige og innebærer myndighetsmisbruk.

Mangel på sannsynlighet for et slikt utfall i Baneheiasaken som Staten påberoper seg kombinert med at et slikt utfall vil bety svært lite eller intet for utfallet av vår sak, gjør det mer enn urimelig om Torgersens sak skal stanses og forsinkes i kanskje flere år i påvente av dette mulige utfall i Baneheiasaken. Ingen hensyn som er tungtveiende nok i forhold til den forsinkelse saken vil bli påført, tilsier derfor stansing av saken.

Staten kan, uansett utfallet i Baneheiasaken, ikke motsette seg at det føres bevis for feilene som jeg har påberopt. Dette skyldes blant annet at jeg pretenderer at alle feilene, hver for seg og/eller samlet, medfører at vedtakene er uforsvarlige og innebærer myndighetsmisbruk. For slike feil har Staten erkjent at det foreligger prøvelsesrett. En avventing av resultatet og begrunnelsen i

Baneheiasaken vil derfor ikke medføre en forenklet eller annerledes prosess. Herav følger at Statens hovedbegrunnelse for stansing ikke slår til idet bevisførselen og prosessen vil bli den samme uansett. Resultatet også!

Feilene som er gjort av kommisjonene

De feil som er gjort, er i utgangspunktet gjort i begge kommisjonsvedtakene fordi den siste kommisjonen uten å korrigere noe som helst, legger til grunn hele begrunnelsen i det første kommisjonsvedtaket som sin begrunnelse. Kommisjonenes vedtak lider av en rekke feil som hver for seg er så grove at de må medføre at hele vedtaket er ugyldig. Dette innebærer at domstolene i henhold til den sedvanlige prøvesesrett kan og må sette vedtaket til side som ugyldig. I tillegg kommer at alle feilene går i samme retning, nemlig i Torgersens disfavør, slik at man også skal legge summen av disse feilene til grunn når det gjelder spørsmålet om ugyldighet. Da blir det aldeles opplagt at vedtakene fra 2006 og 2010 blir å tilsidesette.

Jeg finner grunn til kort å nevne og forklare en del av feilene som er gjort:

- A. Kommisjonene har unnlatt å legge vekt på at de to (hver for seg eneste) sikre bevisene i 1958 (tannbittbeviset og barnålbeviset) helt har sviktet med den begrunnelse at man ikke vet hvor stor vekt det ble lagt på disse to bevisene og om det ene av dem (tannbittbeviset) at man ikke vet om det ble tillagt spesielt stor vekt. Hvis den som skal avgjøre et gjenopptakelsesspørsmål (Gjenopptakelseskommisjonen, før 2004: domstolene) ikke vet dette, må denne i stedet selvsagt selv stipulere hvor stor vekt som ble lagt på beviset og ta konsekvensen av en bevissvikt på dette grunnlaget. Bare å se bort fra feilen, blir en åpenbar rettsfornektelse i den utstrekning vektlegging av feilen ville ført til et annet resultat. I Torgersen-saken er det for øvrig absurd, slik Gjenopptakelseskommisjonen i realiteten gjør, å legge til grunn at bevis som ble presentert som aldeles sikre av sakkyndige ikke ble tillagt avgjørende vekt av juryen.
- B. Kommisjonene har kommet til at barnålsbeviset i alle fall ikke er svekket til tross for at det nå er akseptert at de fem barnålene i Torgersens klær i stedet for å være av en unik type som man bare fant på gjerningsstedet, er helt vanlige barnåler som man finner over alt der det vokser (norsk/nordisk) gran. Kommisjonene har derfor ikke i det hele tatt lagt vekt på at man i stedet for bare ett mulig funnsted (gjerningsstedet!) nå har millioner av mulige funnsteder. Heller ikke har kommisjonen lagt vekt på at andre funn (gresstuster) i dressen sammen med barnålene og som ikke kan stamme fra gjerningsstedet, taler for at også barnålene i den stammet fra naturen og ikke fra gjerningsstedet.
- C. Kommisjonene har i Torgersens disfavør bygget på nye bevis for barnålsbeviset, hvilket det ikke er anledning til. (Det kan bare en dømmende rett gjøre.)
- D. Kommisjonene har på lignende måte som nevnt under pkt. A for de to sikre bevisene også sett bort fra at det tredje og siste tekniske beviset i 1958 (avføringsbeviset) helt har sviktet ved å konkludere med at feil for dette beviset (alene) ikke kan gi grunnlag for gjenopptakelse.
- E. Kommisjonene har neglisjert sin åpenbare forpliktelse til å vurdere den samlede betydningen av at de tre tekniske bevisene helt har sviktet. Lagretten bygget antagelig bare eller omtrent bare på disse tre bevisene da Torgersen ble funnet skyldig i 1958.

- F. Kommisjonen av 2010 har diktet til nye bevis som ikke forefinnes, ved at den har uttalt at flere vitneforklaringer knytter Torgersen til Skippergata 6b, til Rigmor og til gjerningen. Slike vitneforklaringer forefinnes ikke i saken.
- G. Kommisjonene legger til grunn at den vanlige (ubegrensede) anledningen til å stille spørsmål til de sakkyndige under hovedforhandlingen i 1958 har forhindret at retten fikk en gal oppfatning av de tre såkalte tekniske bevisene (hvorav to av disse bevisene den gangen ble oppfattet som aldeles sikre bevis). Dette legger kommisjonene til grunn til tross for at vi med full sikkerhet vet at de sakkyndige også i retten på de spørsmål som ble stillet, forklarte seg helt galt og motsatt virkeligheten om disse tre bevisene. At disse tre bevisene ble helt galt oppfattet den gangen og at man la de gale forklaringene fra de sakkyndige til grunn, fremgår blant annet av aktors prosedyre og hans to etterfølgende skriftlige uttalelser om saken.
- H. Det som skulle vært kommisjonenes hovedbegrunnelse for et avslag, nemlig at de gjenstående bevis er nok til å fastholde og begrunne Torgersens skyld, glimrer helt med sitt fravær. Kommisjonenes avslag må av denne grunn betraktes som ubegrunnet og truffet uten adekvat vurdering. Torgersens begjæringer kan derfor ikke betraktes som behandlet i det hele tatt selv om mange hundre sider er skrevet i saken fra kommisjonens side.
- I. Kommisjonene har henvist til at saken i 1958 på vanlig måte ble behandlet i henhold til reglene om bevisumiddelbarhet og kontradiksjon. Kommisjonene har uten nærmere begrunnelse kommet til at dette forhold (alene) er til hinder for at skyldspørsmålet kan ha blitt uriktig vurdert. Dette i motsetning til alle andre saker hvor det har vist seg at feil har skjedd med gjenåpning og etterfølgende frifinnelse som resultat, til tross for at reglene om bevisumiddelbarhet og kontradiksjon selvsagt var iaktatt også i de sakene.

Ovenstående feil, med unntak for pkt. D, er alle hver for seg og alene grunner som må medføre at vedtakene er ugyldige. Det er forholdsvis enkelt å dokumentere de fakta som er nødvendige for å bevise at disse feilene er gjort, at det dreier seg om grove feil og at feilene har hatt betydning for hvilket utfall vedtakene har fått. Staten legger til grunn at en slik prosess vil ta mange uker. Jeg antar at en full prosess om ovenstående feil er unnagjort på 4 - 5 dager, særlig dersom Staten bringer orden og klarhet i jusen for hva den mener og hva den ikke mener kan prøves.

Som det fremgår av min stevning påberoper jeg meg i tillegg en del flere feil som også er så grove at de hver for seg er ugyldighetsgrunner. Tas alle disse feilene med, kan nok en prosess i omfang øke med omtrent 4 - 5 dager til. Jeg tviler imidlertid på at det vil vise seg nødvendig i detalj å bevisføre alle disse feilene og deres betydning idet man etter å ha kommet et stykke på vei i denne prosessen, ikke kan være i særlig tvil om at vedtakene er ugyldige og må oppheves. Men i verste fall kan det altså tenkes at prosessen vil ta omtrent 10 dager. Men da vil man til gjengjeld ha avdekket to forvaltningsvedtak så slette at det formodentlig er helt uten sidestykke i Norges nyere historie.

Tingrettens stansingsavgjørelse lider av saksbehandlingsfeil.

Den saksbehandlingsfeil som er gjort, er at tingretten ikke på langt nær har gått tilstrekkelig inn på spørsmålet om og i hvilken utstrekning Baneheiasaken vil kunne ha avklarende betydning for de rettslige og faktiske spørsmål som er til behandling i Torgersens sak. Oslo tingrett har nærmest ubegrunnet lagt til grunn at avklaring av rettsspørsmål i Baneheiasaken vil ha stor betydning for

Torgersens sak. Dette er feil. Tingrettens begrunnelse begrenser seg til én linje hvor det står *"at et sentralt tema i begge saker er omfanget av domstolenes prøvelsesrett."*

For å konstatere at denne saksbehandlingsfeil foreligger, må tingrettens begrunnelse i denne ene linjen sammenholdes med mine ovenstående anførsler. Disse anførslerne er alle fremsatt tidligere i saken også, men mer indirekte. Det anføres at tingrettens skjønn er uholdbart fordi den har lagt til grunn et ubegrunnet og uriktig anslag av hvor meget Baneheiasaken betyr for Torgersens sak. Denne feil er så vidt klar at den kan overprøves av lagmannsretten slik at stansingsvedtaket omgjøres.

Jeg er dessuten ikke enig med tingretten i at prøvelsesrettens omfang er et *"sentralt tema"* i Torgersens sak. Jeg har påberopt meg den vanlige og til nå ubestridte prøvelsesrett som for lengst er fastslått i rettspraksis. I tillegg er det fastslått i lovens forarbeider at en slik vanlig prøvelsesrett også skal gjelde for Gjenopptakelseskomisjonens vedtak. Dessuten har Høyesterett i storkammer i 2010 forutsatt det samme. Som jeg ovenfor har redegjort for, har Staten ved ubegrunnede anførsler forsøkt å forvanske denne prøvelsesretten. Slike (ubegrunnede) anførsler kan ikke medføre at et avklart rettsspørsmål går over til å bli sentralt tvistetema som skal medføre utsettelse av en sak i kanskje årevis. For egen del presiserer jeg at jeg i en prosess ikke har tenkt å bruke mange minuttene på å begrunne at Staten ikke kan gis medhold i om grensene for domstolenes prøvelsesrett skal trekkes på nytt.

Hvis en av partene for et slikt tilfelle skulle være berettiget til å begjære saken stanset for angivelig å oppnå en rettslig avklaring, måtte det være Torgersen som burde vært spart for noe slikt, og ikke Staten som er den som kommer med disse ubegrunnede påfunn. Slik det hele nå fortoner seg etter tingrettens avgjørelse, blir det jo en premiering av den part som (uten begrunnelser) forvansker en sak.

Jeg er i dag den 16. desember informert om at direkte anke er akseptert av Høyesterett for ett enkelt spørsmåls vedkommende. En mulig forsinkelse på flere år er derved antagelig kortet ned til mellom 6 måneder og ett år. Det er ikke grunn til å stille saken i bero i dette tidsrom idet saksforberedelsen frem mot en hovedforhandling vil kreve denne tiden når det også tas hensyn til vanlig berammelseskø i Oslo tingrett. Også av denne grunn bør saken fortsette på vanlig måte idet saksforberedelsen i all hovedsak vil bli den samme nærmest uansett hva Høyesterett måtte komme frem til.

Borgarting lagmannsrett vil ha godt nok grunnlag til selv å avgjøre ankesaken. Dersom lagmannsretten skulle mene det motsatte, ber jeg om at tingrettens stansingsvedtak oppheves og at saken hjemvises til ny behandling i tingretten. Jeg antar at det er unødvendig å nedlegge ny påstand i sakens anledning idet mitt standpunkt er klargjort.

Jeg ser at Staten krever saksomkostninger allerede nå. Jeg finner da grunn til å gjøre det samme og nedlegger tilleggspåstand for saksomkostningene. Mitt tidsforbruk på ankesaken er til nå 18 timer, og mitt salærkrav utgjør kr.2.000 pr time, hvoretter omkostningene utgjør kr.36.000. I tillegg kommer mva.

Det nedlegges slik tilleggspåstand:

Fredrik Fasting Torgersen tilkjennes sakens omkostninger, foreløpig beregnet til kr.45.000 inklusive mva.

Oslo 16.deseember 2011

Jan Tennøe
advokat