

Revidert sensorveiledning JUS4211

høsten 2020

Litteratur og læringsmål

Litteratur og læringsmål i strafferett og straffeprosessrett er nærmere angitt på [JUS4211 H20 Prosess og strafferett \(exlibrisgroup.com\)](#) og [Læringskrav - JUS4211 - JUS4211 - Universitetet i Oslo \(uio.no\)](#). Anbefalt hovedlitteratur i alminnelig strafferett er Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett (6. utg., 2016) eller Ståle Eskeland: Strafferett (5. utg., 2017). I spesiell strafferett er Magnus Matningsdal: Norsk spesiell strafferett (2. utg. Oslo 2016), utvalgte kapitler angitt som anbefalt litteratur.

Anbefalt hovedlitteratur i straffeprosess er Ørnulf Øyen: Straffeprosess. Fagbokforlaget, 2019, 2. utgave og Jørgen Aall: Rettsstat og menneskerettigheter. Fagbokforlaget, 2018, 5. utgave (utvalgte avsnitt).

Oppgaven behandler både strafferettslige og straffeprosessuelle spørsmål. De spørsmål som oppgaven reiser, ligger i all hovedsak innenfor det som studentene skal ha god forståelse av.

Om eksamensgjennomføring høsten 2020

Medio oktober fattet dekanen ved Det juridiske fakultet vedtak om at alle eksamener skulle gjennomføres som hjemmeeksamener. Eksamen i JUS4211 er derfor gjennomført som digital hjemmeeksamen i Inspira, i samme tidsrom som ordinær skoleeksamen skulle ha foregått. Eksamenstiden var fire timer (mot tidligere seks timer). Studentene er i tillegg gitt 15 minutter før og 30 minutter etter ordinær eksamenstid for å kompensere for eventuelle tekniske problemer. Informasjonen om korona og eksamen er gitt her [Korona og eksamen ved Det juridiske fakultet høsten 2020 - Det juridiske fakultet \(uio.no\)](#). Hovedforskjellen fra eksamen i Silurveien er at studentene har tilgang til, og har lov til å bruke, alle kilder. Det er likevel ikke lov til å kommunisere med andre om oppgaven. Særlig relevant på ovennevnte side for studentene og sensorene er eksamensvilkårene høsten 2020, hvorfra hitsettes:

«For alle eksamener høsten 2020 som er endret til hjemmeeksamen gjelder følgende

- Du kan bruke alle tilgjengelige kilder.
Merk: På eksamen i emner der det er aktuelt å bruke Lovdata Pro, trenger du ikke sette Lovdata Pro i eksamensmodus.
- Utover dette gjelder alminnelige eksamensvilkår: Under eksamen er det **ikke tillatt å kommunisere med andre personer om oppgaven**, eller å distribuere utkast til besvarelse eller fullstendig besvarelse. Dette anses som fusk.

Eksamensbesvarelsen for en hjemmeeksamen skal være et selvstendig arbeid. Innleverte eksamensbesvarelser blir behandlet i UiOs datasystem for tekst- og plagiatkontroll.»

Generelt om oppgaven

Det er i all hovedsak god dekning i anbefalt litteratur for å løse de problemstillinger som oppgavene reiser. Mange av temaene er gjennomgått på kursene i strafferett og straffeprosess, så det vil være velkjent stoff. Det er flere måter å strukturere besvarelsene på, og kandidatene kan selvsagt velge en annen struktur enn det som er valgt i sensorveiledningen her.

Selv om temaene er innenfor kjerneområdet av pensum og undervisning, oppleves kanskje særlig spørsmålene om opplesning av politiforklaringer og bevisavskjæring, tradisjonelt utfordrende for studentene. Det er både relevant pensum og rettspraksis som knytter tett an til det oppgavene spør om, men likevel med tilstrekkelige ulikheter til at det stort sett ikke finnes helt spesifikke rett frem-svar i kildene. Studentene er, som alltid, avhengige av å gjennomføre gode drøftelser av faktum opp mot rettskildene.

Eksamenstid er fire timer ordinær tid (pluss 45 minutter tillegg for ev. tekniske problemer), mot tidligere seks timer. På sekstimerseksamenene er det vanligvis en praktikum tilsvarende herværende, samt en mindre teorioppgave som skal telle omtrent 1/3. Oppgaveformatet skal med andre ord være tilsvarende tidligere semestre. Det er likevel ingen tvil om at eksamensoppgaven er relativt omfattende, med mange spørsmål å besvare. Dette kan gå på bekostning av dybde i besvarelsene. Samtidig er dette en praktikumsoppgave, og det er på ingen måte nødvendig for en god karakter å teoretisere rundt spørsmålene. Subsidiære drøftelser kan foretas dersom det er naturlig i kandidatens besvarelse, men sett hen til omfanget av eksamen som helhet, bør det ikke forventes. Oppgaven ber om at kandidaten løser strafferettslige og straffeprosessuelle spørsmål. Noen av spørsmålene følger klart av partenes påstander, mens et par andre må studentene selv se.

De enkelte problemstillingene

Struktur for besvarelsen kan tenkes på flere måter. Mitt forslag går relativt kronologisk til verks. Jeg går først gjennom fem overordnede straffeprosessuelle spørsmål, før jeg drøfter ett strafferettslig spørsmål til sist.

1. Kan statsadvokaten omgjøre politimesterens henleggelsesbeslutning?

1.1 Hvem har påtalekompetanse i saken?

Det kan tenkes at noen studenter innledningsvis tar opp den underliggende påtalekompetansen i forbindelse med siktelsen av Holm. Det fremgår av oppgaveteksten at «politiet» tar ut siktelse mot Holm for overtredelse av straffeloven § 281 og vegtrafikkloven § 31 jf. 3. Det spesifiseres ikke hvem i politiet som har tatt ut siktelsen. Overtredelse av nevnte bestemmelser kan medføre fengsel i mer enn ett år, og er ikke blant bestemmelsene særlig nevnt i strpl. § 67 annet ledd. Påtalekompetansen tilligger dermed statsadvokaten, jf. § 66. I det politimesteren selv «beslutter [...] seg (sic) for at saken skal henlegges», er en naturlig slutning også at hen har tatt ut siktelsen. Av strpl. § 67 første ledd følger imidlertid at «[p]olitiet kan etterforske og reise siktelse i alle saker». Kompetansen for øvrig knytter seg derfor bare til tiltalebeslutningen, og det er følgelig ingen overskridelse her når siktelsen tas ut.

Politimesteren henlegger saken på bakgrunn av bevisets stilling. Det er ikke en kompetanseoverskridelse når tiltalebeslutningen oversendes domstolen. På det tidspunktet er tiltalebeslutning utstedt av statsadvokaten, som er rett nivå av påtalemyndigheten. Spørsmålet er om politimesteren har negativ påtalekompetanse. I henhold til påtaleinstruksen § 17-1 første ledd kan påtalemyndigheten i politiet selv beslutte å innstille forfølgningen i alle saker, uavhengig av påtalekompetanse i henhold til strpl. § 67. I de tilfellene der en person har vært eksplisitt eller implisitt («må anses som») siktet i en sak hvor overordnet påtalemyndighet har påtalekompetanse, oppfordrer bestemmelsens annet ledd etter ordlyden politiet til å forelegge spørsmålet om henleggelse for denne («skal [...] som regel forelegges»). Det er i litteraturen diskutert hvorvidt PI § 17-1 annet ledd annet punktum faktisk begrenser henleggelseskompetansen, eller om det bare er å anse som en intern instruks i påtalemyndigheten, se Øyen s. 263 fotnote 495 med videre henvisninger. Det er ikke nødvendig

for løsning av oppgaven her å gå nærmere inn i den drøftelsen. Studenter som (kort) drøfter politimesterens negative påtalekompetanse bør premieres. Men det bærende i drøftelsen videre bør være at ev. kompetanseoverskridelse uansett avhjelpes ved statsadvokatens omgjøring av henleggelsesbeslutningen jf. strpl. § 75 annet ledd.

Holms anførsler legger ikke direkte opp til ovennevnte drøftelse, og oppgaven inviterer i liten grad til å drøfte disse spørsmålene. Det kan dermed ikke trekkes hvis studentene ikke reiser problemstillingen i det hele tatt.

1.1.2 Spørsmålet om omgjøring av henleggelsesbeslutningen

Statsadvokat Maarud omgjør politimesterens henleggelsesbeslutning. Omgjøringen er til ugunst for Lars Holm, som siktet i saken. Når en person er siktet i en sak, er utgangspunktet at en henleggelsesbeslutning ikke kan omgjøres, jf. strpl. § 74 sjette ledd sammenholdt med første og femte ledd.¹

Lars Holm anfører at omgjøring ikke kan foretas uten at det er nye opplysninger i saken, som er i tråd med begrensningen i § 74 første ledd. Det fremgår av faktum at Maarud omgjør henleggelsen «etter mye skriverier i avisene». Dette kan neppe anses som nye bevis av vekt i saken. Omgjøringen kan dermed ikke foretas med hjemmel i § 74 første ledd. Oppgaven legger ikke opp til å drøfte subsidiært om det foreligger gjenåpningsgrunner, jf. sjette ledd.

Uavhengig av om det foreligger nye bevis av vekt, kan overordnet påtalemyndighet beslutte å gjenoppta forfølgningen, jf. strpl. § 74 sjette ledd jf. § 75 annet ledd. Strpl. § 75 annet ledd bestemmer at en negativ påtalebeslutning kan omgjøres av overordnet påtalemyndighet innen tre måneder. Politimesteren undertegnet siktelsen 1. mai 2020. Statsadvokat Maarud omgjorde henleggelsen 2. august samme år, dvs. tre måneder og én dag senere. Tidsfristen for omgjøring er dermed overskredet. Omgjøringen kan heller ikke foretas med hjemmel i § 74 sjette ledd.

Flere av studentene påpeker at tremånedersfristen faller på en lørdag, og problematiserer om tremånedersfristen dermed ikke utløper før på f.k. mandag. Dette beror på om reglene i domstollovens § 149 gjelder for påtalevedtak. Problemstillingen er ikke nevnt i kommentarutgaven eller i lovforarbeidene. Studenter som ser problemstillingen bør premieres. Begge løsninger må aksepteres.

Statsadvokat Maarud hevder at politimesterens manglende påtalekompetanse medfører at det ikke er noen lovmessig skranke for å omgjøre henleggelsen. Ordlyden i strpl. § 75 annet ledd annet punktum er klar på at dette er feil: «Fristen gjelder selv om beslutningen ikke er truffet av kompetent påtalemyndighet.»

Det er en kursoppgave i straffeprosessundervisningen som går direkte på denne problemstillingen. En kan dermed forvente at mange av studentene som har fulgt kurs i straffeprosess gir en god fremstilling her.

Konklusjonen bør etter dette være at statsadvokaten ikke kan omgjøre henleggelsesbeslutningen.

1.1.3 Konsekvensen av saksbehandlingsfeil

Statsadvokatens omgjøring av henleggelsesbeslutningen er lovstridig. Spørsmålet er videre hvilken konsekvens det får at den påfølgende tiltalebeslutningen er beheftet med denne feilen. I medhold av strpl. § 81 skal retten av eget tiltak prøve om den som forfølger saken, har påtalerett. Slik påtalerett er en prosessforutsetning. I utgangspunktet har jo statsadvokaten

¹ Slik f.eks. Øyen s. 254-55.

påtalekompetanse for lovovertrædelsen i tiltalebeslutningen. Det kan tenkes at studentene blir forvirret av at statsadvokaten har påtalerett, slik ordlyden i § 81 krever. En annen formell skranke for strafforfølgning er imidlertid at det foreligger et tidligere påtalevedtak som medfører at retten helt eller delvis skal avvise saken. Øyen fremstiller (på s. 281) skrankene for omgjøring i strpl. § 74 første til fjerde ledd som prosessforutsetninger som retten må håndheve av eget tiltak. Dette følger kanskje ikke like tydelig av lovteksten, men fremgår klart i den sentrale pensumteksten.

At tiltalebeslutningen er tuftet på lovstridig grunnlag, gjør ikke at den blir en nullitet.² Som et unntak fra anklageprinsippet, har retten en plikt til av eget tiltak å prøve om alle prosessforutsetninger foreligger. Dette fremgår ikke konkret av ordlyden i § 74, slik det gjør av § 81, men bør være kjent. PI § 17-3 krever at henleggelsesbeslutning skal dokumenteres. Det er ikke informasjon i faktum om at slik dokumentasjon foreligger. Av PI § 25-3 følger at sakens dokumenter bare oversendes retten når den særlig ber om det, dersom tiltalte har forsvarer. I saken her fremgår at han har forsvarer. Plikten til å sjekke kommer innunder rettens ansvar for sakens opplysning – i tillegg til *ex officio* plikten jf. § 51. Her er det også særlig foranledning til dette, siden forsvarer og statsadvokat har ulikt syn på akkurat dette.

I vår sak påberoper også Holm gjenopptakelsesproblematikken som prosessuell skranke for straffeforfølgelse, selv om det relevante rettsgrunnlaget er § 75 annet ledd, ikke strpl. § 74 første ledd.

På grunn av manglete prosessforutsetning må saken så langt gjelder tiltalepunktet for overtrædelse av strl. § 281 og vtrl. § 31 jf. § 3, avvises. For det tilfelle at dommerfullmektig Kirkerud ikke oppdager kompetansesvikten, og pådømmer saken, må dommen ankes på grunn av saksbehandlingsfeil. Manglete påtalekompetanse er en absolutt opphevelsesgrunn ved anke, jf. strpl. § 343 annet ledd nr. 2.

Noen studenter vil muligens ta opp EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 om forbudet mot dobbel straffeforfølgning. Det følger av EMD-praksis at påtalemyndighetenes innstilling ikke anses som «finally acquitted» jf. Smirnova mot Russland³ og Rt-2006-1563, slik at det her uansett ikke er noe brudd på forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.

Det kan tenkes at en del studenter ikke i det hele tatt tar opp spørsmålet om konsekvensen av statsadvokatens lovstridige omgjøring. Det bør være tilstrekkelig kort å konstatere at saken skal avvises.

Konklusjon: Saken avvises så langt gjelder tiltalebeslutningen vedrørende strl. § 281 og vtrl. § 31 jf. § 3.

2. Kan påtalemyndigheten ta ut tiltale for overtrædelse både av strl. § 281 og vtrl. § 31 jf. § 3?

Holms påstand er at påtalemyndigheten må velge å ta ut tiltale enten for overtrædelse av strl. § 281 eller vtrl. § 31 jf. § 3.

Dersom påtalemyndigheten er i tvil om hvilket av de to straffebudene som skal benyttes, kan tiltalen lyde på prinsipale og subsidiære straffebestemmelser. Her er ikke det tilfelle. Dette er et spørsmål om de to bestemmelsene kan anvendes i idealkonkurrens. Spørsmålet er dermed hvilke begrensninger konkurrensproblematikken innebærer for påtalemyndigheten på

² Øyen pkt. 4 s. 263.

³ Se Kjølbro side 1308 med videre henvisninger. Ikke pensum.

påtaleavgjørelsesstadiet. Noen kan tenkes å subsidiært å gå inn på spørsmålet om domstolens muligheter og begrensninger iht. strpl. § 38, men det blir feil siden tiltalen gjelder begge deler.

Når noen i samme handling forøver flere lovbrudd, foreligger idealkonkurrens. Når forskjellige straffebud er overtrådt ved samme handling, er det tale om ulikeartet idealkonkurrens.⁴ Ved vurderingen av om to eller flere straffebud i slike tilfeller kan anvendes sammen skal det ses hen til om bestemmelsene verner forskjellige interesser og således har ulike strafferettslige siktemål. For å vurdere hvilke interesser et straffebud ivaretar, er det relevant å vurdere hvor straffebudet er plassert, gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, hva som fremgår i forarbeidene til bestemmelsen, og ev. rettspraksis. I vår sak har Holm forsettlig eller uaktsomt brutt bestemmelsen i vegtrafikkloven § 3 om at enhver skal «ferdes hensynsfullt og være aktpågivende og varsom så det ikke kan oppstå fare eller voldes skade [...]» og samtidig ved sin uhensynsfulle og uforsiktige ferdsel uaktsomt forvoldt Peder Ås' død. Forholdet mellom de aktuelle bestemmelsene er vurdert av Høyesterett i Rt. 1980 s. 360 (s. 363):

«Vegtrafikklovens § 3, som er den sentrale bestemmelsen i tiltalebeslutningen, tar sikte på å skape trygghet og orden i trafikken. Når det sies at enhver skal ferdes varsomt i trafikken slik at det ikke voldes skade, er den også et vern mot personskade. Påbudet har dog ikke primært karakter av en bestemmelse til vern av private interesser, og det gis ingen fornærmet i straffeprosessuell forstand.

Straffelovens § 239 står i denne lovens kapittel om forbrytelser mot liv, legeme og helbred, og dens direkte formål er å verne disse goder.

Ut fra dette må man etter min oppfatning si at de to bestemmelsene verner forskjellige interesser og således har ulike strafferettslige siktemål.»

Dommen gjelder ikke konkurrens, men det videre interessebegrepet i strpl. § 38. Den fungerer likevel som støtteargument for at det er ulike interesser. Straffeloven 2005 § 281 er en ren videreføring av straffeloven 1902 § 239, også når det gjelder anvendelsen på dødsulykker i trafikken, jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) – spesialmotivene til § 281 på side 433, jf. HR-2018-1658-A (15). Rt. 1980 s. 360 er ikke omtalt konkret i pensum, selv om den vises til i Rt. 2003 s. 394, som omtales i Øyen kap. 4 pkt. 1.5.2 (s. 74). Rt. 2003 s. 1376 er pensum i strafferett, og Høyesterett redegjør tydelig for interesselæren der (avsnitt 28). Uten det konkrete dommen er det tilstrekkelig å få frem en grei vurdering av hvilke interesser de to straffebudene verner. Øyen (s. 75) nevner spesifikt vtrl. § 31 første ledd jf. § 3 og strl. § 281 som eksempler på straffebud som verner helt ulike interesser. Studentene har dermed all grunn til å treffe riktig i konklusjonen her.

Det kan være forvirrende for noen at det i vtrl. § 31 første ledd siste setning fremgår at «[d]en som ved bruk av motorvogn uaktsomt volder [...] en annens død, straffes etter straffeloven § 280 eller § 281». Noen kan kanskje tolke feilaktig at bestemmelsen ved denne ordlyden utelukker konkurrens. Læren om konkurrens er likevel sentralt på pensum, og studentene må forventes å gå dypere inn i vurderingen enn en kjapp ordlydsvurdering.

Konklusjon: Påtalemyndigheten kan ta ut tiltale for både strl. § 281 og vtrl. § 31 jf. § 3.

⁴ Se f.eks. Andenæs/Myhrer skriver om idealkonkurrens på s. 372-75.

3. Dommerfullmektigens kompetanse under hovedforhandling

3.1 Kompetanse

Hovedforhandlingen ble satt med Marte Kirkerud som rettens administrator. Holm nekter «å la seg dømme av et barn». I rene ord er denne påstanden irrelevant, men kan med fordel foranledige at studentene relativt kort vurderer dommerfullmektigens kompetanse til å sette rett i saken, siden slik kompetanse er en av de absolutte prosessforussetningene.

Kompetansen begrenses av strpl. § 276 (4). Forutsatt at hun har blitt særskilt bemyndiget, jf. domstoloven § 23 (2), kan hun sette rett i saker om lovbrudd som etter loven ikke kan medføre fengsel i mer enn seks år. I vår sak lyder tiltalebeslutningen i utgangspunktet på overtredelse av strl. § 281 og vtrl. § 31 jf. 3 i konkurrens, jf. strl. § 79 bokstav a. Ifølge strl. § 79 kan fengselsstraffen forhøyes inntil det dobbelte, med visse begrensninger, blant annet der en lovbrøyer ved én eller flere handlinger har begått flere lovbrudd, og det skal idømmes en felles straff», jf. bokstav a. Forhøyelse av lengstestrafen i medhold av bokstav a får bare betydning i forhold til lovbestemmelser som bestemmer at den forhøyde lengstestrafen skal tillegges rettslig virkning. Slik virkning tillegges ikke i strpl. § 276. Dommerfullmektig Kirkerud er dermed kompetent til å sette rett i saken.

Konklusjonen er klar blant annet fordi strpl. § 276 tidligere fjerde ledd spesifikt bestemte at: «Forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse, sammenstøt av forbrytelser eller anvendelsen av straffeloven § 232 kommer ikke i betraktning». Formuleringen ble droppet fordi den nye straffeloven av 2005 § 79, i følge departementet, gjorde denne formuleringen overflødig, «ved siden av de generelle reglene om forhøyelse av lengstestrafen i straffeloven 2005 § 79 bokstav a og b, jf. proposisjonen punkt 6.8».⁵ Det er vanskelig å være enig i denne vurderingen. Hvilke bestemmelser som tydelig bestemmer at den forhøyde lengstestrafen skal tillegges rettslig virkning, er ikke alltid lett å forstå. Etter mitt skjønn er hverken ordlydstolkning eller pensum spesielt godt egnet til god forståelse her. Strl. § 79 må anses som et resultat av svak lovteknikk. Bestemmelsen er undervist på kurs, selv om habilitetsspørsmålet ikke har vært særlig i fokus. Hovedregelen er at forhøyet strafferamme ikke får anvendelse, og dette er slik sett en pekepinn. Men begge resultater må godtas, samtidig som en fornuftig diskusjon må premieres.

Konklusjon: Kirkerud er kompetent til å sette rett i saken.

Subsidiært, om Kirkerud ikke hadde vært kompetent til å sette rett, ville dette vært en absolutt saksbehandlingsfeil i ankeinstansen, jf. strpl. § 343 annet ledd nr. 3. Studentene forventes ikke å foreta en subsidiær drøftelse.

3.2 Habilitet

Reglene om habilitet følger av domstoloven §§ 106 flg. Kirkeruds habilitet må vurderes både for henne selv, og eventuell avledet inhabilitet i forhold til domstollederen, jf. § 109. Det er ingen opplysninger som problematiserer habiliteten til domstolleder. Videre er ikke dommerfullmektig Kirkerud inhabil etter noen av alternativene i § 106. Spørsmålet er om det foreligger slike «særegne omstendigheter som er skikket til å svekke tilliten til [hennes] uhildethet», jf. § 108.

⁵ Merknad til endringene i stpl. § 276 i Prop. 64 L (2014–2015) Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikraftsetningslov).

Det er rikelig rettspraksis vedrørende habilitet. For vurderingen her er det naturlig å ta utgangspunkt i Høyesteretts vurdering i HR-2019-899-A, avsnitt 13:

"Bestemmelsen [[§ 108](#)] må forstås i lys av retten til en rettferdig rettergang ved en uavhengig og upartisk domstol etter [Grunnloven § 95 første ledd](#), [Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1](#) og FNs [konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 1](#), jf. blant annet [HR-2016-2311-P avsnitt 13](#) og [HR-2018-451-A](#) Gassled. Av sistnevnte avgjørelse fremgår det i [avsnitt 11](#) at dette for det første innebærer at det «ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren subjektivt sett ikke vil være i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn. For det andre må det ikke foreligge forhold som etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet, jf. [HR-2016-681-A avsnitt 18](#).»

Det må altså foretas en vurdering basert både på subjektive og objektive kriterier. Det objektive fakta er at dommerfullmektigen har gått i klasse på barneskolen med tiltaltes datter. Det fremgår at disse to kun har vært klassekamerater, ikke venner. Kirkerud er på oppgavefaktumets tidspunkt dommerfullmektig. Hun er da som et minimum 21 år gammel, jf. dstl. § 54 tredje ledd, antakeligvis i alle fall fem år eldre, gitt normal alder ved endt jusstudium. Det er da 10-15 år siden hun var klassekamerat med Holms datter. De har etter Kirkeruds opplysning ikke hatt noen kontakt siden barneskolen. Forholdet mellom de to og årene som har gått siden relasjonen kan etter en objektiv målestokk ikke sies å gi grunnlag for at omverdenen skal ha rimelig og saklig grunn til å tvile på hennes upartiskhet, jf. § 108. Dette er imidlertid ikke et helt enkelt farvann å navigere i. Høyesteretts vurdering i en voldtektssak (HR-2009-1337-A) av at et lagrettemedlems kjennskap til fornærmede som venninne til medlemmets fosterdatter, fra bursdagsselskaper og klasseturer, ble vurdert som i strid med EMK art 6 nr. 1. om retten til rettferdig rettergang. Det ble lagt til grunn at lagrettemedlemmet, og dermed domstolen, ble partisk.

Gjenoptakelseskommisjonen vedtok at saken skulle gjentopptas (GK-2016-137). Spørsmålet er så om Kirkerud subjektivt sett ikke vil være i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn, jf. HR-2018-451-A, avsnitt 11. Det fremgår at Kirkerud selv «følte seg noe ubekvem med å ta saken». Å føle seg ubekvem i seg selv er ikke tilstrekkelig til å mene hun ikke klarer å være partisk. Sett i lys av de objektive vurderingspunktene, er det ikke grunn til å lande på at Kirkerud heller i subjektiv forstand er inhabil. I alle tilfelle reiser Kirkerud spørsmålet om egen habilitet under saksforberedelsen, som innebærer at partene er kjent med de relevante forholdene. Siden ingen av partene har innvendinger på det tidspunktet, kan de heller ikke senere anføre disse forholdene som habilitetsinnsigelser, jf. dstl. § 111 annet ledd.

Det følger av oppgaveteksten at ingen av partene har innvendinger til Kirkeruds habilitet. Det er således ikke en direkte invitasjon til studentene til å drøfte spørsmålet. Om det i løpet av sensuren viser seg at få eller ingen drøfter dette, kan det ikke forventes at problemstillingen reises.

Konklusjon: Kirkerud er ikke inhabil.

Subsidiært, dersom Kirkerud er å anse som inhabil, er dette en absolutt saksbehandlingsfeil som går innunder strpl. § 343 annet ledd nr. 3, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 759. Studentene forventes ikke å foreta en subsidiær drøftelse.

4. Opplesning av politiforklaringene og føring av politi som vitne

Utgangspunktet i norsk rett er prinsippet om fri bevisførsel, som er en ulovfestet regel i straffeprosessen. Prinsippet innebærer at partene i utgangspunktet gis mulighet til å føre de bevis de ønsker, så lenge bevisene er relevante og har bevisverdi. Det finnes en rekke lov- og ulovfestede begrensninger av prinsippet. En av begrensningene er knyttet til bevisumiddelbarhets- og muntlighetsprinsippene. I saken her er spørsmålet om retten skal tillate opplesning av politiforklaringer, og eventuelt om en politibetjent kan forklare seg om innholdet i en politiforklaring når tiltalte selv ønsker å forholde seg taus.

Muntlighetsprinsippet følger av strpl. § 278 første ledd. § 296 første ledd fastsetter regelen om at vitner bør avhøres muntlig under hovedforhandling, såfremt ikke særegne forhold er til hinder for dette. Muntlighetskravet følger også av EMK art. 6 nr. 1, jf. EMDs storkammersak Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, avsnitt 118. Reglene for opplesning av politiforklaring følger av § 297 når vitnet ikke er til stede, og § 290 når det gjelder tiltaltes forklaring. Spørsmålet er først om det foreligger særegne forhold til hinder, og dernest om politiforklaringene fra Kristian Krik og Lars Holm kan leses opp, eventuelt parafraiseres av politimannen som har opptatt Holms forklaring.

4.1 Vitnet Kristian Krik

Opplesning av politiforklaring kan skje dersom «muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift», jf. § 297 første ledd første punktum. Opplesningsadgangen er videre begrenset av minsterettighetene tilknyttet retten til rettferdig rettergang slik det følger av EMK art. 6 nr. 3, særlig bokstav d, og utpenslet i tilhørende EMD-praksis og høyesterettspraksis.

Alle har møteplikt for retten, jf. strpl. §§ 108 og 109. Vitnet Krik er ikke tilstede i retten. Muntlig avhør er ikke mulig når Krik ikke er tilstede. Dersom opplesning skal være forenlig med tiltaltes rett til kontradiksjon i tråd med EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, må flere vurderinger gjøres, jf. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, avsnitt 120 og 152, så også Rt. 2013 s. 1412 (avsnittene 17-20), videre utdypet i Schatschaschwili mot Tyskland, avsnitt 113. I henhold til nevnte høyesterettsdom må det foretas en tretrinnsvurdering. Først må det gjøres en vurdering av om det foreligger en «good reason» for fraværet, derunder at myndighetene har gjort alle rimelige tiltak («every reasonable effort») for å få vitnet til å møte. For det andre må det gjøres en vurdering av bevisets vekt, den såkalte «sole and decisive rule», altså om beviset vil få avgjørende betydning for eventuell domfellelse. Det må være snakk om bevis som er så betydningsfulle eller viktige at de er egnet til å avgjøre sakens utfall, jf. Al-Khawaja og Tahery avsnitt 131 og Schatschaschwili avsnitt 123. Den tredje vurderingen knytter seg til om det helhetlig sett fremstår som en rettferdig prosess, slik at mangelen på kontradiksjon balanseres av andre faktorer.

Alt dette er veldig tydelig fremstilt i Øyen s. 434 flg., er gjennomgått i undervisningen, og er svært sentralt stoff som studentene bør kjenne godt til.

I forhold til den første vurderingen, fremgår det i vår sak at Krik har valgt å reise bort under hovedforhandlingen. Det er ingenting som tilsier at han har en relevant fraværsgrunn. Han er forsøkt avhentet av politiet. Strpl. § 297 må ses i sammenheng med domstolens plikt etter § 294 første punktum til å sikre et forsvarlig grunnlag for å avsi dom. Retten må også ta stilling til om det vil medføre uforholdsmessige omkostninger for tiltalte eller aktørene ved å utsette

hovedforhandlingen til Krik er å finne igjen. Det er ingenting i faktum som tilsier om Kriks fravær vil være av kort- eller langvarig art. Det følger at han valgte å reise bort «under hovedforhandlingen», men vi vet ikke om han kunne tenkes å forbli borte dersom hovedforhandlingen utsettes. Spørsmålet er videre om politiets leting på hans bopel og hytte er «every reasonable effort». I Schatschaschwili (avsnitt 113) uttaler EMD at manglende god grunn for fraværet ikke i seg selv kan være avgjørende for om rettergangen har vært rettferdig, men dette vil være et tungtveiende moment i den samlede vurdering.⁶

Det neste trinnet er å vurdere bevisverdien av Kriks vitneforklaring. Krik er den eneste vitneforklaringen i saken. Han har sittet helt foran i bussen. Det er dermed gode grunner til å tro at han har hatt god oversikt over hva som har skjedd i hendelsesforløpet, for eksempel hvor «tett oppi rompa» på Ås Holm kjørte da Ås falt av. Dette tilsier at Kriks forklaring er et svært sentralt bevis. Samtidig foreligger det i utgangspunktet en tilståelse fra Holm, som gjør Kriks forklaring mindre tungtveiende som bevis. Holm nekter i løpet av hovedforhandlingen å forklare seg. Dersom Holms forklaring også tillates opplest, er ikke Kriks forklaring et like avgjørende bevis. Tillates ikke opplesning av Holms forklaring, endrer Kriks vitneforklaring status i det samlede bevisbildet i saken.

Det tredje vurderingstemaet er om prosessen som helhet er tillitvekkende og i tilstrekkelig grad innebærer en rettferdig rettergang for Holm. Den såkalte «counter balancing test» må gjøres uansett styrken av Kriks forklaring sin bevisverdi (Schatschaschwili, avsnitt 116). De momenter som kan balansere manglende kontradiksjon i vår sak er at Holms egen forklaring eventuelt støtter vitneforklaringen (avsnitt 128), og at Holm i løpet av opplesningen får anledning til å gi sitt syn på forklaringen fra det fraværende vitnet Krik (avsnitt 131).

Det at Krik er en sykkelhater og syns at Ås har fått som fortjent, har ikke innvirkning på hvorvidt forklaringen skal eller ikke skal leses opp. Kriks holdninger og dermed eventuelle grunner til å tvile på forklaringens pålitelighet kan eventuelt nevnes av aktor i forbindelse med forklaringens bevisverdi.

Både nektelse og tillatelse av opplesning bør godtas som konklusjon. Det avgjørende er om studenten drøfter de relevante momentene fra rettspraksis og gjør en fornuftig helhetsvurdering.

Konklusjon: Kriks forklaring kan leses opp dersom Holms forklaring kan leses opp.

4.2 Lars Holm

Lars Holm erklærer under hovedforhandlingen at han ikke ønsker å avgi forklaring i retten. Han har ikke plikt til å forklare seg for retten, jf. strpl. §§ 90 og 91 første ledd. Det følger av strpl. § 290 første ledd første punktum at tidligere avgitt forklaring (blant annet) kan leses opp i retten i den grad det gjelder punkter tiltalte nekter å uttale seg om. Spørsmålet er om opplesning krenker hans rett til ikke å inkriminere seg selv, og om det beviset politiforklaringen utgjør, i så fall må avskjæres. Dette beror på læren om ulovlig ervervet bevis, som forutsetter 1) brudd på ervervsnorm, 2) gjentatt krenkelse av interessene eller interesseavveining. I en ev. ankekontekst forutsettes også 3) innvirkning.

⁶ Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 296, [Juridika](#) (kopiert 03. desember 2020)

Holm avga forklaring til politiet umiddelbart etter påkjørselen, hvor han tilstod forholdet han senere ble tiltalt for. Det følger av strpl. § 232 første ledd og påtaleinstruksen § 8-1 første ledd annet punktum at mistenkte i forkant av et avhør skal gjøres kjent med at han ikke plikter å forklare seg. Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har plikt til å forklare seg eller på annen måte bidra til sin egen straffelse. Prinsippet kommer til uttrykk i SP art. 14 nr. 3 bokstav g, og er innfortolket i kravet til rettfærdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1, som GrL § 95 skal tolkes i samsvar med. Det er ikke eksplisitt uttalt i faktum at det er tale om et avhør, men det er åpenbart at idet Holm forklarer seg om sin skyld i påkjørselen, «legger alle kortene på bordet», er samtalen med politiet å anse som et avhør, jf. Rt. 2003 s. 549 (avsnitt 15 og 16). Et avhør skal nedtegnes, jf. påtaleinstruksen § 8-1, og det skal fremgå i denne politiforklaringen, som mistenkte får opplest og skal undertegne, at han før avhøret er gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter, jf. påtaleinstruksen 8-14. Det fremgår ikke i faktum om dette har skjedd, og studentene må forutsette (eller ikke) at opplysningen om taushetsretten er gitt. For en fruktbar diskusjon er det naturlig å ta utgangspunkt i at de korrekte prosessuelle formene er fulgt. Holm hevder selv at han «hadde vært svært oppskaket», og ikke «hadde fått med seg noe av hva politiet hadde sagt». Det mest interessante springende punktet i saken her er, etter mitt skjønn, om Holms mentale tilstand umiddelbart etter påkjørselen var i den grad ustabil at opplysningen om taushetsretten ikke var reell. Holms egen uttalelse trekker i den retning. I HR-2016-379-A (avsnitt 51) vektlegger Høyesterett at når mistanken gjelder en «meget alvorlig sak», er det viktig at mistenkte får «klar og tydelig informasjon om sine rettigheter etter loven», og når det i tillegg gis en tilståelse i løpet av avhøret, tilsier det en skjerpet etterkontroll av at mistenkte har fått oppfylt sine rettigheter.

Noen vil kanskje også diskutere hvorvidt dette er en fri forklaring til politiet, og at taushetsretten dermed ikke er like sterkt beskyttet, slik EMD diskuterer f.eks. i Bykov. Retten til ikke å bli tvunget til å forklare seg beror i stor grad på hvem som har tatt initiativet til forklaringen. Dersom en legger til grunn at Holm henvender seg til politiet og forklarer seg umiddelbart, er det i alle fall i starten ikke et avhør. Etter mitt skjønn er realiteten i forklaringen til Holm på stedet etter ulykken – i alle fall idet han forklarer om sin skyld i hendelsen – av en slik karakter at det må anses som et avhør. Begge løsninger må aksepteres, avhengig av en god drøftelse ut fra kriteriene for avhør og selvinkrimineringsvernet.

På den annen side har Høyesterett uttalt at manglende opplysning om taushetsrett ikke behøver å innebære bevisavskjæring, særlig i en sak hvor avhøret ikke er en del av en politioperasjon hvor man er «langt inne i en etterforskningsfase som ledet frem til pågripelse umiddelbart før avhøret» (Rt-2003-1814, avsnitt 16).

Videre har Holm rett til å la seg bistå av advokat på ethvert trinn av saken, jf. strpl. § 94 første ledd. Når han etter det opplyste ikke har fått med seg noe av hva politiet sa, har han heller ikke fått med seg dette. Det var tale om en meget alvorlig hendelse, og idet Holm «legger alle kortene på bordet», er det gode muligheter for at han vil bli tiltalt for et svært alvorlig lovbrudd. Politiet burde da vurdert å oppnevne advokat til ham i medhold av strpl. § 100 annet ledd og påtaleinstruksen § 8-1a, idet særlige grunner taler for det. I HR-2016-379-A avsnitt 34 – 41 går Høyesterett gjennom EMDs praksis vedørende momenter som vektlegges i vurderingen av om tiltalte har fått en helhetlig «fair trial» på tross av manglende advokat. Relevant for saken her er særlig at jo mer alvorlig lovbrudd, jo viktigere er det med forsvarerbistand, jf. også Rt. 2015 s.

844 avsnitt 19, om mistenkte var i en spesielt sårbar situasjon, og om han har tilstått straffbare forhold.

Etter omstendighetene kan man argumentere med at politiet burde ha innkalt Holm til et nytt avhør noe etter påkjørselen, hvor han får følge av oppnevnt advokat. Manglende forsvarerbistand vil muligens ikke i seg selv være tilstrekkelig som bevisavskjæringsgrunn, men vil virke inn på vurderingen av om prosessen som helhet har vært «fair».

Dersom selvinkrimineringsvernet er brutt, er beviset (politiforklaringen) et ulovlig ervervet bevis. Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av bevis ikke er i veien for at beviset føres, jf. bl.a. Rt. 2006 s. 582, avsnitt 22. Førings av beviset, altså opplesning av forklaringen, vil imidlertid representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet (manglende reell opplysning om taushetsretten) som ble begått ved ervervet (selve avhøret) av beviset. Dersom studenten har kommet til det motsatte, vil en subsidiær drøftelse være fruktbar her. Ved gjentatt eller fortsatt krenkelse skal beviset normalt nektes ført, jf. Rt. 1999 s. 1269, særlig s. 1272, fulgt opp i senere rettspraksis, og sammenholdt med EMD-dommene Allan mot Storbritannia, Bykov mot Russland, og Ramanauskas mot Litauen. Dersom det må antas at en prosessuell feil ved avhøret virker inn på domstolens avgjørelse, jf. strpl. § 343, fører feilen til opphevelse. Lovkommentaren nevner det at tiltalte ikke har fått (klar) informasjon om taushetsretten som eksempel på dette (note 6 til § 290).⁷ I henhold til nevnte EMD-praksis må det i alle tilfeller foretas en samlet vurdering av om rettergangen helhetlig er rettferdig, jf. f.eks. Bykov avsnitt 104. Noen studenter kan tenkes å diskutere interesseavveiningen slik den er stilt opp i Rt. 1999 s. 1269, s. 1272. Det treffer ikke her. Dette temaet er gjennomgått grundig på kurs, og det må forventes at studentene har god oversikt.

Man kan kanskje diskutere om Holms mulighet til å kommentere forklaringen ettersom den blir lest opp, kan avhjelpe virkningen av rettsbruddet, og bidra til en helhetlig «fair trial». Hensynet til den materielle sannhet trekker i den retningen. Det er eksempler fra rettspraksis på at forklaringer har vært tillatt opplest i ankeinstansen selv om tiltalte der nektet å forklare seg, men i så tilfeller er de prosessuelle rettighetene fulgt i førsteinstansbehandling. Slik er det ikke her.

Høyesterett har tidligere lagt til grunn at manglende psykisk ubalanse på tidspunktet for forklaringen til politiet, kan føre til at forklaringen skal nektes opplest, jf. Rt. 2004 s. 1974 (avsnitt 27). Forutsetningen for å nekte opplesning er i så fall at «forklaringen av denne grunn fremstår som lite pålitelig.» Det fremgår av faktum i vår sak at Holms grunnlag for forklaringsnekt oppgis å være at han frykter «å miste både førerkortet og jobben». Dette kjenner imidlertid ikke retten til ved vurderingen av forklaringens pålitelighet. Denne vurderingen må eventuelt gjøres på bakgrunn av omstendighetene, for eksempel basert på forklaring vedrørende omstendighetene fra politibetjenten som opptok Holms forklaring.

Etter mitt syn trekker faktum i retning av at opplysningen om taushetsretten ikke har vært reell, og at dette tilsier at opplesningen av forklaringen ikke kan tillates. Det er ikke andre omstendigheter i saken som balanserer tilstrekkelig til at rettergangen som helhet kan anses å være rettferdig for Holm.

⁷ Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørðal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 290, [Juridika](#) (kopiert 09. desember 2020).

Konklusjonen her er imidlertid helt åpen. Det er, som alltid, drøftelsen som er avgjørende for vurderingen av studentens karakter.

Konklusjon: Opplesning av forklaringen kan ikke tillates.

Virkningen av et eventuelt brudd blir å vurdere etter strpl. § 343 første ledd. Virkning/subdisiær drøftelse forventes ikke gitt omfanget av oppgaven generelt.

4.3 Politimannen

Aktor hevder at det ikke er noen vits for Holm å nekte å forklare seg, fordi påtalemyndigheten da vil føre politimannen som opptok forklaringen som vitne.

Dersom en i spørsmålet over kommer til at Holms taushetsrett er krenket, vil føring av politimannen i realiteten innebære en omgåelse av reglene om taushetsrett, i den grad politimannen refererer annet enn omstendighetene rundt avhøret.⁸ Politimannen kan i alle tilfelle forklare seg om omstendighetene rundt avhøret, så lenge han ikke refererer til hva Holm har sagt (etter at samtalen gikk over i å være et avhør), jf. f.eks. Rt. 2001 s. 29, s. 32. I Rt. 1995 s. 1491, s. 1493, slår Høyesterett fast at «[d]ersom en politiforklaring ikke kan leses opp, er det heller ikke adgang til indirekte å få fram innholdet av politiforklaringen gjennom avhør av den polititjenestemann som har tatt avhøret [...]»⁹ I Rt. 2003 s. 1814 kommer Høyesterett til et annet resultat enn i ovennevnte dommer. Med henvisning til EMD-dommen Khan mot Storbritannia, avsnitt 38, tar Høyesterett utgangspunkt i en interesseavveining ved vurderingen av om politibetjenter får forklare seg om tiltaltes forklaring (avsnitt 22 flg.). Tilsvarende vår sak er avhørssituasjonen ikke «formell», på politistasjon e.l., avhøret er ikke ledd i en etterforskning, men skjer umiddelbart etter en hendelse, og feilen på politiets side er å ikke sikre (reell) opplysning til mistenkte om taushetsretten. Av hensyn til det materielle sannhets prinsipp, tillot Høyesterett at politibetjentene ble ført i nevnte sak. Retten la avgjørende vekt på at mistenkte «på ethvert trinn av saken har fått anledning til å bestride og føre motbevis vedørende riktigheten av det aktuelle beviset» (avsnitt 23). Rt. 2003 s. 1814 avviker fra regelen om gjentatt eller fortsatt krenkelse slik oppstilt i Rt. 1999 s. 1269. I Rt. 2006 s. 582, avsnitt 22, viser Høyesterett til at Rt. 1999 s. 1269 treffende oppsummerer rettstilstanden for når et ulovlig innhentet bevis skal tillates ført. Den tilsynelatende avvikende vurderingen i nevnte 2003-avgjørelse kan forstås slik at Høyesterett mener hverken selvinkrimineringsvernet eller retten til rettferdig rettergang krenkes ved føring av politiforklaringene i den saken. I den saken kan det imidlertid synes som at tiltalte snakket seg inn i straffansvaret i den delen av samtalen som er karakterisert som en innledende fase forut for avhør og opplysningsplikten. Høyesterett synes å legge avhørsbegrepet noe på strekk her, som kan ha virket inn på den videre drøftelsen. Gitt Høyesteretts vurdering i Rt. 2006 s. 582, er det gode grunner til å komme til at dersom det foreligger brudd på en ervervsnorm, og føring av beviset innebærer gjentatt eller fortsatt krenkelse, må beviset avskjæres.

Hvordan studentenes drøftelser faller ut, vil særlig avhenge av om de legger til grunn av selvinkrimineringsvernet er krenket eller ikke. Dette kan være en vanskelig vurdering, og begge løsninger må uansett aksepteres. Ved krenkelse vil, etter mitt skjønn, dette smitte over på

⁸ Så også Jahre, «Bevisavskjæring», 2016 på s. 137, ikke pensum ([Bevisavskjæring - Begrensninger i opplysningsadgangen når det er prosessuelle feil ved en tidligere avgitt forklaring - Lovdata Pro](#)).

⁹ Så også f.eks. Rt. 2001 s. 29, s. 32.

forklaringsanledningen til politimannen. I tråd med normen i Rt. 1999 s. 1269 kan da politimannen ikke føres som vitne om innholdet i Holms forklaring.

Konklusjon: Politimannen kan ikke føres som vitne om innholdet i Holms forklaring.

5. Utvidelse av tiltalebeslutningen under hovedforhandlingen

Det fremgår av faktum at politiet «[p]å samme tid avdekket» at Homs samboer hadde en hasjplantasje i kjelleren, og at tiltalen mot Holm derfor ble utvidet til også å gjelde medvirkning til overtredelse av strl. § 231. Tiltalte har ikke motsatt seg utvidelse av tiltalebeslutningen. Siden alle prosessuelle spørsmål oppgaven reiser skal drøftes, bør studentene ta stilling til om vilkårene for utvidelse foreligger. Uten å ha lest noen besvarelser ennå, er det vanskelig å vite hvorvidt dette er et spørsmål som mange tar opp.

Det er ikke klart om «på samme tid» innebærer at tiltalen ble utvidet i forkant eller i løpet av hovedforhandlingen. Kronologisk følger dette temaet etter problemstillinger i løpet av hovedforhandlingen, og det er kanskje naturlig å legge dette tidspunktet til grunn. Begge løsninger må aksepteres.

Dersom tiltalen utvides i forkant av hovedforhandlingen, skjer utvidelsen ved at det enten utferdiges en tilleggstiltalebeslutning eller ny tiltalebeslutning, jf. strpl. § 253. Adgangen avhenger i så fall av at tiltalte har tilstrekkelig tid til forberedelse av hovedforhandlingen, minimum tre dager, jf. strpl. § 86 annet ledd. Faktum gir oss ingen holdepunkter i så måte, og det må være greit å legge til grunn at det er gitt tilstrekkelig tid, og at vilkårene for utvidelse er oppfylte.

På bakgrunn av oppgaveteksten kan det synes som at tiltalen utvides under hovedforhandlingen, ved at et nytt straffbart forhold tas med i tiltalen. Medvirkning til narkotikaforberedelse er åpenbart et annet straffbart forhold, det er dermed snakk om en utvidelse, ikke endring, av tiltalebeslutningen. Slik utvidelse skjer etter vilkårene i strpl. § 254 annet ledd. Under hovedforhandlingen kan ikke et nytt straffbart forhold tas med i saken uten at retten samtykker, i tillegg til at tiltalte også samtykker til utvidelsen eller gir «en uforbeholden tilståelse som styrkes av de øvrige opplysninger», jf. § 254 annet ledd. Holm nekter straffskyld for forholdet tiltalen ønskes utvidet med. Forutsatt at han samtykker, kan imidlertid tiltalen utvides under hovedforhandlingen til å omfatte medvirkning til overtredelse av strl. § 231. Begge løsninger kan aksepteres avhengig av hva studentene forutsetter.

Strafferettslige spørsmål

6. Kan Lars Holm dømmes for medvirkning til narkotikalovbrudd, jf. strl. § 231?

Det følger av oppgaven at studentene skal ta stilling også til strafferettslige spørsmål, med unntak av spørsmålet om straffeansvar for overtredelse av straffeloven § 281 og veitrafikkloven § 31, jf. § 3 (påkjørsele). Om noen likevel behandler det spørsmålet, er det slurvete lesning, vil presumptivt gå utover behandlingen av andre spørsmål, og bør føre til trekk i vurderingen.

Spørsmålet om straffansvar for medvirkning til overtredelse av § 231 må derimot tas stilling til. Drøftelsen må ta for seg spørsmålet er kun om det å være eneeier av boligen Holm deler med sin samboer, eventuelt sammen med å ha elsket hasjvaflene hun laget, er tilstrekkelig til å dømme for medvirkningsansvar. Studentene kan gi en kort fremstilling av vilkårene for

medvirkningsansvar, men fokus vil gjerne være på hva slags medvirkningshandling/unnløtelse dette kan være snakk om.

Medvirkning er straffbart, jf. strl. § 15. Straffbart medvirkningsansvar forutsetter at fire vilkår er oppfylte: 1) Medvirkningshandlingen er begått forut for eller under gjennomføringen av primærlovbruddet, altså anleggelsen og driften av hasjplantasjen. 2) Medvirkningshandlingen forutsetter som hovedregel en viss aktivitet fra medvirkeren, 3) det må foreligge årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og utførelsen av primærlovbruddet, og 4) medvirkningshandlingen må være rettsstridig.

Medvirkningshandlingen til Holm er ikke spesifisert. Bistanden kan gjerne drøftes i form av flere alternativer: Som fysisk medvirkning, ved at han stilte til rådighet kjelleren sin for produksjon av narkotika; som psykisk medvirkning, ved at han positiv tilskyndet fremstillingen av narkotika; og som passiv medvirkning, ved at han unnlot å anmelde narkotikafremstillingen til politiet eller på annen måte forhindre videre produksjon. Alle tre alternativene vil eventuelt ha funnet sted før anleggelsen eller i løpet av driften av hasjplantasjen.

Fysisk medvirkning kan innebære å stille kjelleren i deres felles bolig, eid av Holm, til rådighet for hasjplantasjen. Selv om han ikke har vært med på anleggelsen av plantasjen, kan hans visshet om plantasjen, sammen med det å fortære vaflene, innebære at han solidariserer seg med primærforbryteren, sml. Rt. 2001 s. 1671. Årsakssammenheng bør forutsettes at foreligger.

Drøftelsen av psykisk medvirkning vil eventuelt bestå av hvorvidt Holms forkjærlighet for samboerens hasjvafler var med på å styrke samboerens forsett til å fortsette å dyrke hasj i kjelleren. For at psykisk medvirkning skal være straffbart jf. § 15, må det som hovedregel ha vært gitt en positiv tilskyndelse til gjennomføringen av lovbruddet, jf. f.eks. Rt. 1998 s. 459, s. 461. Det nevnes at det var på det rene at Holm ikke eksplisitt hadde oppfordret til anleggelsen av hasjplantasjen. Det følger likevel av faktum at han elsket hasjvaflene. Resultatet blir mindre viktig, men studentene bør gi en kort drøftelse om dette innebærer en positiv tilskyndelse eller bare er en generell tilkjenning av at Holm ikke har noe imot at lovbruddet utføres. Studentene kan også nevne at Holms tilskyndelse ev. ikke behøver å være *nødvendig* for at samboeren gjennomfører lovbruddet. Høyesterett har uttalt at det å stille huset man er eneeier av til ektefellens disposisjon for oppbevaring av narkotika, ikke er tilstrekkelig til å konstatere psykisk medvirkning, se Rt. 2005 s. 934, avsnitt 15.

For at passiv medvirkning skal være straffbart, må medvirkeren ha hatt tid og anledning til å handle, særskilte trekk ved hendelsesforløpet har gitt opphav til handleplikt, og medvirkeren har ikke opptrådt i tråd med denne plikten, jf. f.eks. HR-2020-1343-A avsnitt 14 og 20.

Det følger av faktum at Holm ikke har deltatt fysisk i hasjplantasjen, ei heller oppfordret til dette, men at han «elsket hasjvaflene som samboeren hadde laget». Studentene må forutsette at Holm var klar over at det var hasj i hasjvaflene, og at det var en hasjplantasje i kjelleren. Det er naturlig å legge til grunn at det vanskelig kan holdes skjult en sterktluktede, varme- og lyskrevende plantesamling i deres felles hus. Forutsatt en viss mengde, er det også naturlig å legge til grunn at Holm likte hasjvaflene også grunnet en viss ruspåvirkning, og at han dermed var klar over hva han fikk i seg. Holm har hatt både tid og anledning til å handle overfor samboerens lovbrudd. Spørsmålet er videre om Holm hadde handleplikt i kraft av å være eneeier av huset. Det er på det rene at Holms eierskap av lokalet hvor det drives hasjplantasje er tilstrekkelig særlig tilknytning mellom Holm og lovbruddet, og at dette kan gi straffansvar som medvirker når han er

kjent med at det foregår straffbar aktivitet der, sml. Rt. 2003 s. 902 avsnitt 11 og jf. Rt. 2005 s. 1319.. Det å stille lokale til rådighet, samtidig som han får del i hasjen, kan ses som et implisitt samtykke til lovbruddet. I Rt. 2005 s. 934 uttaler Høyesterett at det å stille huset sitt til rådighet for ektefellens oppbevaring av narkotika, ikke er tilstrekkelig til å utgjøre straffbar medvirkning, blant annet fordi ektefelle A ikke trenger ektefelle Bs tillatelse til å oppbevare narkotika i sin egen bolig, selv om boligen eies av B (avsnitt 15). Der utgangspunktet er at slik passivitet kan utgjøre straffbar medvirkning, kan dette tolkes som et utslag av den alminnelige rettsstridsreservasjon, sett hen til det nære forholdet mellom medvirkeren og primærlovbryteren.¹⁰

Den passive medvirkningshandlingen i vår sak er å stille til rådighet lokale for hasjplantedyrkingen, samt å unnlate å oppfylle sin handlingsplikt ved ikke å stoppe, ev. varsle politiet om, den kriminelle adferden. Handleplikten må drøftes i lys av tilknytningen til samboeren. Studentene bør problematisere handleplikten i lys av at det er snakk om Holms samboer, som dermed er hans nærstående. Narkotikalovbrudd er ikke blant lovbruddene det er straffbart ikke å avverge, jf. § 196 tredje ledd bokstav b. Det er likevel et grunnleggende utgangspunkt at ingen har plikt til å forklare seg om noe som kan utsette seg selv eller ens nærmeste for straff. Å straffe for medvirkning for ikke å si ifra om samboerens kriminalitet står i et visst spenningsforhold til dette, sml. HR-2019-2205-A avsnitt 113. I vår sak har imidlertid Holm handlingsalternativer som vil oppfylle hans handleplikt uten å inkriminere samboeren, derunder å slutte å spise hasjvaflene, og konkret forsøke å stanse dyrkingen verbalt eller fysisk.

Det følger av dekningsprinsippet at Holms skyld må omfatte både selve medvirkningshandlingen eller –unntatelsen og det lovbruddet medvirkningen gjelder. Studentene behøver ikke drøfte dette i særlig grad, men må vise hva skylden må omfatte, og hvordan dette er noe mer utfordrende i forhold til passiv medvirkning. Faktum tilsier etter mitt skjønn at Holm har et visshets- eller sannsynlighetsforsett hva gjelder samboerens tilvirkning av narkotika, men som ellers er drøftelsen det viktigste, og begge løsninger aksepteres.

Konklusjon: Holm kan dømmes for medvirkning til overtredelse av strl. § 231.

Om karaktersetting og studiesituasjonen

Som alltid bør utgangspunktet være en helhetsbedømmelse av besvarelsen, hvor det må legges større vekt på de positive elementene enn på eventuelle feil og utelatelser. Det er da ekstra viktig at karakteren først og fremst fastsettes på bakgrunn av en bedømmelse av kvaliteten på de spørsmålene kandidaten har besvart, og at det ikke fokuseres så mye på det kandidatene har utelatt. Det er altså fullt mulig å få en god karakter uten at en behandler samtlige spørsmål som er tatt med i denne veiledningen. God forståelse for de grunnleggende trekk ved straffeprosessen bør tillegges stor vekt. Sensorveiledningen er skrevet uten tidsbegrensning, og med det for øye å behandle mulige problemstillinger i praktikumsoppgaven grundig. Studentene bør ikke trekkes for å ha utelatt enkelte mindre åpenbare spørsmål eller behandlet enkelte temaer mer overfladisk, særlig hvis det fremgår av besvarelsen at kandidaten ha hatt tidsnød. Oppgaven er som nevnt omfattende. Dette er i omfang og ut fra rettskildebildet en krevende oppgave. Det bør antagelig være mulig å få beste karakter selv om noen spørsmål er behandlet overfladisk eller ikke tatt opp.

¹⁰ Frøberg 2019 s. 204-5.

Som vist innledningsvis, har studentene under eksamen hatt tilgang til alle kilder. Dette kan virke både til fordel og ulempe for studentene. Eksamenstiden er som nevnt fire timer, og det må anses å være en relativt omfattende eksamensoppgave. Noen studenter vil kunne falle for fristelsen til å slå opp for mye, og dermed få for liten tid til å besvare oppgavene godt. I den grad det fremgår tydelig av besvarelsen at vedkommende bruker rettskildene direkte, må det i karaktervurderingen vektlegges fremgå at studenten har forstått det som fremkommer, ikke bare gjengir ureflektert det som står i en bok, dom eller et forarbeid. Som alltid er det gode drøftelser som premieres.

Pandemien har påvirket undervisningen i JUS4211 på flere måter. Alle forelesninger er gjennomført digitalt. Mesteparten av kursundervisningen foregikk fysisk. Studentene må antas å ha lidd noe under å ikke kunne kommunisere direkte med foreleserne og hverandre. I løpet av semesteret ble også fakultetets bygninger stengt, slik at de fleste måtte studere hjemmefra. For mange vil manglende lesesalsplass innebære en dårligere studiesituasjon hjemme. Følgende føring er fastsatt av studiedekanen ved Det juridiske fakultet for høsten 2020:

«Pandemien har gjort den generelle studiesituasjonen svært krevende dette semestret. Karaktersettingen skal ta hensyn til dette. Enhver tvil om karakteren skal falle ut til kandidatens fordel.»

Nesodden, 8. januar 2021

Synnøve Ugelvik