

JUS4211 sensorveiledning vår 2020

Del I Praktikum

1 Litteratur og læringsmål

Praktikumsoppgaven reiser både sivilprosessuelle og straffeprosessuelle spørsmål. Den omhandler skillet mellom ett og flere krav og frist for og muligheten for utvidelse av krav og påstander sivile saker, og bevisprovokasjon, vernet mot tvungen selvinkriminering, bevisforbud og prinsippet om formriktig og forsvarlig prosess i straffesaker.

Av læringsmål fremgår at det blant annet kreves god forståelse av «prinsippene om rettens forhold til partenes prosesshandlinger» og «hvilket grunnlag retten kan bygge avgjørelsene på» i sivile saker. Hva gjelder straffesakene, kreves det blant annet god forståelse av «grunnleggende straffeprosessuelle hensyn og overordnede målsetninger», «regler om etterforskning, herunder utradisjonelle etterforskningsmetoder og bevisprovokasjon» og «selvinkrimineringsvernet».

En fullstendig liste over læringsmålene finnes her:

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS4211/v20/pensumliste/index.html#toc7>

Temaene som blir tatt opp i praktikumsoppgaven er behandlet på forelesninger, kurs og – for de straffeprosessuelle spørsmålenes vedkommende – også i fakultetsoppgaven.

Temaene er også behandlet i hovedlitteraturen i de to fagene. Skillet mellom ett og flere krav tematiseres i Robberstad, *Sivilprosess*, 4. utg. s. 384-392 og Backer, *Norsk sivilprosess*, s. 338-347 og frist for og muligheten for utvidelse av krav og påstander er behandlet i Robberstad s. 52-54 og Backer s. 271-273. Bevisprovokasjon og vernet mot tvungen selvinkriminering behandles i Øyen, *Straffeprosess*, 2. utg. s. 178-181, og bevisforbud for bevis som er ervervet på ulovlig måte er tematisert på s. 403-414. Her skriver han om overordnede skranker for og bevisinnhenting på s. 161-163.

2 Generelle kommentarer til oppgaven

Utfordringen for studentene når det gjelder de sivilprosessuelle spørsmålene oppgaven reiser, er nok å sortere anførselene, finne frem til de sentrale problemstillingene og systematisere drøftelsene, samt å få til fornuftige og gode drøftelser av de enkelte vilkår. Oppgaven ber kandidatene om å drøfte de prosessuelle spørsmål oppgaven reiser for lagmannsretten. Problemstillinger relatert til tingrettsbehandlingen av saken faller det altså utenfor oppgaven å drøfte.

Den aktuelle bestemmelsen som i hovedsak skal drøftes i de sivilprosessuelle spørsmålene, tvisteloven § 29-4, er ikke særlig bredt omhandlet hverken i Robberstad, *Sivilprosess*, eller i Backer, men flere av drøftelsene som skal gjøres, er sentralt stoff som bør være kjent. Anførselene fra begge parter knytter seg her til spørsmålet om Kjemisk Industri AS kan fremsette den nye påstanden i ankeinstansen. Hovedspørsmålet er om den nye påstanden må avvises. Her er det flere måter å strukturere drøftelsen på, og et alternativ er skissert i det følgende. Her er hovedspørsmålet brutt ned i to hovedproblemstillinger; om det er adgang til å fremsette den nye påstanden i ankeinstansen og om endringen er fremsatt for sent. Disse behandles i pkt. 3 og 4.

De straffeprosessuelle spørsmålene i oppgaven ser umiddelbart nokså korte og oversiktlige ut, men som drøftelsen i pkt. 5 og 6 viser, er det nok å ta tak i av drøftelser. Rettskildebildet er komplekst og

omfattende og reglene om bevisforbud for ulovlig og utilbørlig ervervet bevis oppleves vanskelig av mange studenter.

Oppgaven reiser to straffeprosessuelle hovedspørsmål. Det ene er om det er bevisforbud for opptaket av samtalen. Det andre er om den fordekte fremgangsmåten med opptak er i strid med grunnleggende regler om etterforskning. Det siste behandles først, ettersom virkningen av en eventuell grunnleggende svikt ville være at spørsmålene om bevisføring måtte drøftes subsidiært.

3 Er det adgang til å fremsette den nye påstanden i ankeinstansen?

3.1 Hva er det anket over?

For å kunne ta stilling til adgangen til å fremsette en ny påstand i ankeinstansen, må kandidatene ha en formening om hva det er anket over. Dommen fra tingretten tar stilling til både hovedsøksmål og motsøksmål, og anken fra Kjemisk Industri AS presiserer ikke om det ankes over resultatet både i hovedsøksmålet og motsøksmålet, eller bare resultatet i hovedsøksmålet. Med påstand om frifinnelse kan det kanskje være naturlig å slutte at det bare er anket over slutningens pkt. 2 og 3.

Når kandidatene skal ta stilling til anførselen om den nye påstanden gjelder et nytt krav eller om det er en utvidelse av den opprinnelige påstanden, må kandidaten klargjøre om den nye påstanden holdes opp mot pkt. 1 eller 2 i domsslutningen. En påstand om brudd på lojalitetsplikt er et prejudisielt spørsmål retten må ta stilling til både ved spørsmålet om rett til bonus og spørsmålet om plikt til å betale erstatning for omdømmetap. De fleste kandidater vil, uten å kommentere det, ta utgangspunkt i domsslutningens pkt. 1 om erstatning. Dersom det ikke er anket over pkt. 1, vil imidlertid ikke forutsetningene for å drøfte om den nye påstanden gjelder et nytt krav eller en utvidelse av påstanden være til stede. Kandidater som ser at det oppstår et spørsmål om hva det er anket over og som problematiserer dette, skal ha honnør for det.

Tolkningen av hva det er anket over har også betydning for spørsmålet om fristberegning og oppfriskning, som behandles nedenfor i pkt. 4. Dersom man kommer til at det ikke er anket over pkt. 1 i domsslutningen, oppstår spørsmålet om prosesskrivet fra oktober kan ses på som en forsinket anke, og om man i så fall kan få oppfriskning av ankefristen for dette ene punktet. Kandidater som problematiserer dette skal krediteres.

3.2 Nytt krav?

Hovedregelen er at en anke gjelder krav som er avgjort ved den avgjørelse som ankes, jf. tvl. § 29-4 (1). Kandidaten må derfor ta stilling til om den nye påstanden gjelder det kravet som er avgjort av tingretten, eller om det er et nytt krav. Spørsmålet om hva som i denne forbindelse må anses som samme krav, beror i utgangspunktet på de samme overveielser som i relasjon til spørsmålet om rettskraft og litispensens, jf. Rt. 2002 s. 945, Rt. 2000 s. 199, NOU 2001:32A s. 382, NOU 2001:32B s. 770 og Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 473 (Tvisteloven, Kommentartutgave, bind II s. 1016). Spørsmålet er da om et krav om fastsettelsesdom på at Peder Ås har handlet illojalt må anses som et annet krav enn et krav om erstatning for lidt omdømmetap.

Ut fra oppgaven må det kunne legges til grunn at tingretten har tatt prejudisielt stilling til spørsmålet om Peder hadde brutt lojalitetsplikten overfor selskapet. Prejudisielle spørsmål blir ikke rettskraftig avgjort. For eksempel: ved dom på utlevering av en gjenstand blir bare utleveringskravet rettskraftig avgjort, ikke det bakenforliggende spørsmål om eiendomsrett til tingen (NOU 2001:32A s. 387, Robberstad s. 384). Dette taler for at det her er ulike krav.

På den annen side har det vært antatt at en avgjørelse av et krav om fullbyrdelsesdom, er til hinder for at man i en ny sak krever fastsettelsesdom for samme rettighet (Robberstad, s. 388). Det taler for at man står overfor samme krav.

Øvrige momenter (jf. NOU 2001:32A s. 382-383) trekker i retning av at man står overfor forskjellige krav: Rettsfølgene er kvalitativt ulike. De faktiske vilkårene for kravene er delvis like, det ene er en forutsetning for det andre, men det er ytterligere vilkår for kravet om erstatning. Det er ulike kravtyper. Også avgjørelsen HR-2011-2009-U kan tas til inntekt for at det er tale om forskjellige krav i dette tilfellet (jf. også LA-2019-70365, nærmere nedenfor).

Etter dette er det nok mest nærliggende å konkludere med at det her dreier seg om to forskjellige krav.

3.3 Adgang til å fremme nytt krav i ankesaken?

Som hovedregel er det som nevnt ikke adgang til å fremme nye krav i ankeinstansen, jf. § 29-4 (1), og dette utgangspunktet må kandidatene ikke være i tvil om. Man må derfor ta stilling til om noen av unntakene i § 29-4 (2) kommer til anvendelse, som gir adgang til å fremme nye krav i ankeinstansen i visse tilfeller. De kandidatene som kommer til at det dreier seg om samme krav, bør likevel subsidiært vurdere unntakene i § 29-4 (2). Unntakene gjelder situasjoner der det er sammenheng mellom det opprinnelige kravet og det nye kravet slik at hensynet til prosessøkonomi taler for å kunne fremme det. Det er et felles grunnvilkår at kravet som søkes kumulert kan behandles etter vesentlig de samme saksbehandlingsregler.

Bokstav a gjelder krav som er knyttet til krav etter første ledd, og som ikke kan fremmes i egen sak. Dette er typisk sakskostnader og andre krav som springer ut av selve rettergangen (Tvisteloven, Kommentirutgave, bind II, s. 1016), og er ikke aktuell her.

Bokstav b, c og e er heller ikke aktuelle. Bokstav b gjelder de tilfeller der endringen er knyttet til forhold som er inntruffet så sent/blitt kjent så sent, at kravet ikke kunne vært trukket inn i saken tidligere. Bokstav c gjelder tilfeller der motparten ikke motsetter seg utvidelsen og retten ikke finner at vesentlige hensyn taler mot utvidelsen. Bokstav e gjelder krav som settes frem som motregningsinnsigelse når innsigelsen ikke kunne vært fremmet tidligere, eller motparten samtykker.

Bokstav d gjelder krav ellers som har sammenheng med krav etter første ledd når retten finner at det nye kravet kan behandles forsvarlig i ankesaken, og tungtveiende hensyn tilsier at det bør tillates behandles. Dette alternativet må vurderes.

Man må ta stilling til om det er tilstrekkelig «sammenheng». Dette beror på en totalvurdering, hvor prosessøkonomiske hensyn inngår, jf. Rt. 1990 s. 466. En prosessøkonomisk vurdering, kombinert med en vurdering av om det er rimelig å måtte fremme dette kravet i egen sak for førsteinstansen, må stå sentralt, jf. NOU 2001:32B s. 770.

En viktig gruppe krav som står i slik «sammenheng» som bokstav b, c og d krever, er krav på særskilt fastsettelsesdom for et forhold som er omtvistet og som kan være avgjørende for anken, for eksempel HR-2011-2009-U (Tvisteloven, Kommentirutgave, bind II, s. 1017). Det må være ganske klart at kravene her står i tilstrekkelig «sammenheng» (jf. også LA-2019-70365, nærmere nedenfor). Etter alternativ d skal man imidlertid også ta stilling til om det nye kravet kan behandles forsvarlig i ankesaken og om tungtveiende hensyn tilsier at det bør tillates behandles.

Her nevner oppgaven flere omstendigheter som kan trekkes inn. Kjemisk Industri AS har anført at det var av stor kommersiell betydning for selskapet å få konstatert at Peder Ås hadde handlet illojalt, og at prosessøkonomisk måtte det være rimelig å tillate en slik endring. Det kan imidlertid innvendes at Kjemisk Industri kan bebreides for at det ikke er fremmet tidligere, ettersom sakskomplekset har vært kjent for partene gjennom hele saksgangen, og det ikke har fremkommet noe nytt under hovedforhandlingen som tilsier at de ikke kunne endret påstanden tidligere. På den annen side har

både det faktum og de rettsregler som kravet bygger på, vært en del av saken også for tingretten. Hensynet til Peder kan imidlertid tale mot at endringen tillates.

Noen kandidater kan tenkes å finne frem til HR-2011-2009-U, som omhandler et beslektet saksforhold. Her uttalte Ankeutvalget at:

«Ankeutvalget ser det slik at punkt 1 i den nye påstanden gjelder et **prejudisielt rettsspørsmål** som retten uansett må ta stilling til for å kunne avgjøre kravene i påstandens punkt 2 og 3. **Selv om punkt 1 i påstanden formelt sett kan utgjøre et nytt krav i saken, har rettsspørsmålet som punkt 1 gjelder, vært tema i saken også for underinstansene. Ankeutvalget finner at vilkårene for å ta den nye påstanden under behandling er innfridd**, jf. tvisteloven § 29-4 andre ledd bokstav d og fjerde ledd, jf. også NOU 2001:32B, Rett på sak, bind B side 770, hvor det er lagt til grunn at **motparten sjelden vil ha grunn til å motsette seg at et prejudisielle forhold trekkes inn til avgjørelse i ankeinstansen**. Ankeutvalget finner også at det bør gis samtykke etter tvisteloven § 30-7 første ledd til behandling av den nye påstanden. Selv om påstandsendringen er foretatt nokså kort tid før ankeforhandlingen, kan ankeutvalget ikke se at dette vil føre til noen endring av sakens karakter eller vidløftiggjøring av saken.» [Uthevet her]

Disse uttalelsene tilsier at det nye kravet kan tas under behandling. Uttalelsene om at motparten sjelden vil ha grunn til å motsette seg at et prejudisielt forhold trekkes inn til avgjørelse i ankeinstansen, gjør seg gjeldende her.

Kandidatene kan også tenkes å finne frem til LA-2019-70365, som gjelder en svært lignende situasjon som oppgaven. I tingretten hadde parten omtalt som "selskap1" nedlagt påstand om erstatning for lidt omdømmetap, som følge av illojal opptreden fra den tidligere ansatte As side. Forut for ankeforhandlingen i lagmannsretten la "selskap1" ned supplerende påstand om fastsettelsesdom for at A hadde brutt sin lojalitetsplikt. Den supplerende påstanden ble fremmet etter utløpet av ankefristen, og var foranlediget av bytte av prosessfullmektig.

Lagmannsretten kom her til at det dreide seg om et nytt krav i relasjon til tvl. § 29-4. Spørsmålet om illojalitet var kun gjenstand for en prejudisiell prøving av tingretten, uten rettskraftvirkning. Hvorvidt dette nye kravet kunne fremmes ble deretter vurdert etter § 29-4 (2) bokstav d, jf. § 29-4 (4). Lagmannsretten fant det «klart» at det nye kravet hadde tilstrekkelig sammenheng med kravene som var anket. Prosessøkonomiske hensyn talte som et utgangspunkt for at kravene kunne behandles samlet for lagmannsretten. De øvrige vilkårene berodde i større grad på en sammensatt vurdering. Et hensyn som generelt taler imot å tillate at kravet behandles, er at det som hovedregel kun vil bli behandlet i én instans. Her viste imidlertid lagmannsretten til HR-2011-2009-U, og uttalte at det forhold at temaet har vært behandlet prejudisielt er et argument som kan tale for at det tillates prøvd i realiteten kun for lagmannsretten. De samme argumentene taler for å tillate kravet fremmet i vår sak.

I motsatt retning fremhevet lagmannsretten det forhold at kravet om dom for at A har opptrådt illojalt, kan ha til dels ukjente rettsvirkninger dersom kravet skulle føre frem. Det ligger et potensiale for at en fastsettelsesdom med slik slutning må legges uprøvd til grunn ved andre former for søksmål mellom partene. Det prejudisielle rettsforholdet som senere ble gjort til krav i ankesaken, hadde slik lagmannsretten så det «således potensielt større betydning enn det saken for tingretten isolert gjaldt, jf. NOU 2001:32 B side 770». Dette hensynet gjør seg også gjeldende i vår sak, og er et argument mot en tillatelse til å fremme kravet.

Som i oppgaven, hadde "selskap1" i sin argumentasjon for å tillate kravet fremmet, fremholdt at det var «av stor kommersiell betydning» å få konstatert at A hadde handlet illojalt. I tillegg hadde selskapet her fremmet en lang rekke provokasjoner og vurdert rettslig forfølgning overfor flere. Disse momentene trakk etter lagmannsrettens syn i retning av at:

«de hensyn som tilsier at kravet bør tillates behandlet, ikke er tilstrekkelig tungtveiende og at det i liten grad kan anses urimelig at [selskap1] må fremme kravet om fastsettelsesdom for illojalitet som et ordinært søksmål for tingretten. Det vises for øvrig til Schei side 1617, hvor det pekes på at dersom det er snakk om krav som er viktige for motparten, vil dette «kunne være et hensyn av vesentlig vekt mot å tillate at kravet trekkes inn i ankesaken».

Det var også et moment for lagmannsretten at kravet selskapet hadde fremsatt, kunne vært fremmet allerede i tilsvar til stevning. Det var ikke tilkommet nye forhold underveis i saken som begrunnet hvorfor selskapet, som en profesjonell aktør med juridisk bistand siden forut for saksanlegget, først etter utløpet av ankefristen og bytte av prosessfullmektig, hadde funnet grunnlag for å fremme et slikt krav.

På denne bakgrunn avviste lagmannsretten den nye påstanden.

I vår sak må begge løsninger aksepteres når det gjelder hvorvidt den nye påstanden skal godtas i medhold av § 29-4 (2) bokstav d. De som finner frem til LA-2019-70365, vil antagelig komme til samme resultat som lagmannsretten kom til der, på grunn av den store likheten i saksforholdet. Særlig hensynet til Peder, viktigheten av kravet for han, og de ukjente rettsvirkningene av dom på et slikt krav, kan fremheves her. Studentene bør imidlertid ikke bruke lagmannsrettsavgjørelsen ukritisk, og bør få frem de begrensninger som gjelder i rettskildeværdien til lagmannsrettsavgjørelser. Det foretas en konkret vurdering, og det dreier seg nok her om et tvilstilfelle. Man har også HR-2011-2009-U, som kan tas til inntekt for motsatt resultat, jf. ovenfor. Gode kandidater vil hente argumenter fra avgjørelsen, men samtidig foreta nyanserte drøftelser, både i lys av faktum, og ved bruk av andre rettskilder.

3.4 Utvidelse av påstanden?

Kandidater som kommer til at det er tale om samme krav, må ta stilling til om endringen rammes av § 29-4 (3), som setter begrensninger for å utvide påstanden for et avgjort krav. Kandidater som er kommet til at det er tale om forskjellige krav, kan med fordel ta stilling til problemstillingen subsidiært.

I utgangspunktet kan påstanden bare utvides dersom motparten samtykker (ikke tilfellet her) eller dersom «endringen er begrunnet i forhold som først er blitt kjent for parten etter hovedforhandlingen i tingretten» (heller ikke tilfellet her). Man må altså ta stilling til om det dreier seg om en utvidelse av påstanden som er begrenset etter § 29-4 (3).

Påstanden utgjør både en kvantitativ og en kvalitativ begrensning – hvis saksøker har krevd fastsettelsesdom er det noe kvalitativt annet å gi fullbyrdsdom (NOU 2001:32B s. 703). Krav om fullbyrdsdom blir imidlertid ansett å ta høyde for begge deler, slik at retten kan gi fastsettelsesdom (fra det mer til det mindre) (Robberstad s. 330). Det er bare adgangen til å «utvide påstanden» som er begrenset. Påstår parten noe mindre, står han fritt til å gjøre dette, jf. Rt. 1997 s. 1864 (Tvisteloven, Kommentartutgave, s. 1018).

Her bør kandidatene se at det ikke dreier seg om en utvidelse av påstanden (som det er begrenset adgang til å foreta).

3.5 Andre grunner til at det ikke er anledning til å nedlegge en slik påstand

Peder anfører at det ikke er anledning til å nedlegge en slik påstand, da spørsmålet om brudd på lojalitetsplikt bare var et prejudisielt forhold. Dette kan oppfattes som en anførsel om at kravet ikke er et rettskrav, og en slik anførsel kan drøftes kort. Oppgaven gir ikke grunnlag for å drøfte andre grunner til hvorfor det ikke skulle være anledning til å nedlegge påstanden.

4 Er endringen fremsatt for sent?

4.1 Fristberegning

Saksforberedelsen for ankeinstansen skal i utgangspunktet avsluttes to uker før ankeforhandlingen, jf. § 29-14 (3) jf. § 9-10 (1). Etter avsluttet saksforberedelse kreves tillatelse etter § 9-16 for å sette frem nye krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis. Paragraf 9-16 gjelder også i ankesaker, jf. § 29-18 (1). Det er lagt til grunn i forarbeidene at § 9-16 bør praktiseres strengere i lagmannsretten enn i tingretten – det er viktigere for motparten å få tid til å ta i motmøte i lagmannsretten, fordi dette som regel er den siste instans saken prøves i (jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 176, Robberstad, s. 345). Endringen er her fremsatt i prosesskriv 5. oktober, og ankeforhandling er berammet til 4. november. Det vil si at endringen ikke er fremsatt etter avsluttet saksforberedelse.

Adgangen til å fremsette nye krav etter § 29-4 (2), eller utvide påstanden etter § 29-4 (3) begrenses imidlertid ytterligere av § 29-4 (4), som sier at nye krav og utvidet påstand bare kan fremsettes etter at anke- eller tilsvarefristen har løpt ut for den angjeldende part, dersom det er rimelig å tillate endringen (Tvisteloven, Kommentartutgave, s. 1018). Her er ankefristen utløpt, og vurderingen av om kravet likevel kan fremmes beror da på om det er rimelig å tillate endringen. Etter ordlyden er det avgjørende om det er «rimelig» å tillate endringen, og sentralt her er den annen parts oppfatning (Tvisteloven, Kommentartutgave, s. 1019). Det avgjørende er hva retten finner rimelig, og det kan gis tillatelse etter fjerde ledd også der motparten ikke samtykker (Tvisteloven, Kommentartutgave, s. 1019).

Vurderingen av om kravet kan fremmes etter § 29-4 (4) kan med fordel gjøres subsidiært, selv om kandidatene skulle komme til at det ikke er et nytt krav, eller at det ikke kan fremmes etter § 29-4 (2). Vurderingen etter § 29-4 (2) har en viss sammenheng med vurderingen etter § 29-4 (4), og noen vil kanskje gjøres disse vurderingene samlet, slik domstolene i stor grad gjør i de avgjørelser som er gjennomgått ovenfor. Også i vurderingen av 29-4 (4), må det være rom for at kandidatene kommer til begge løsninger.

4.2 Oppfriskning

Kjemisk Industri AS anfører at de uansett har «anledning til å få fristen oppfrisket». Det fremgår ikke klart hvilken frist parten sikter til. Dersom den sikter til fristen for å foreta endringer under saksforberedelsen, som er satt to uker før ankeforhandling, jf. § 29-14 (3) jf. § 9-10 (1), er det ikke snakk om noen fristoversittelse. Endringen er fremsatt i god tid før avsluttet saksforberedelse, og oppfriskning er dermed heller ikke aktuelt.

Dersom det siktes til ankefristen i § 29-4 (4), løp den ut én måned etter at dom ble avsagt, jf. § 29-5 (1), dvs. den 8. september. Den nye påstanden ble fremsatt 5. oktober, altså etter utløpet av ankefristen. Noen kandidater vil antagelig spørre seg om man kan begjære oppfriskning av ankefristen hva gjelder den nye påstanden. Dersom dommen er anket i sin helhet, vil ikke oppfriskning være aktuelt. Det er på det rene at dommen ble anket 28. august og det foreligger derfor ingen fristoversittelse, og dermed heller ingen adgang til oppfriskning. Situasjonen reguleres uttømmende av § 29-4 (4), så lenge det dreier seg om et nytt krav. Tolket man istedet anken som å omfatte bare domsslutningens pkt. 2 og 3, vil man kunne gå nærmere inn på spørsmålet om oppfriskning av ankefristen hva gjelder domsslutningens pkt. 1, jf. HR-2018-1383-U.

5 Brudd på grunnleggende regler om etterforskning

Tastads påstand om at det foreligger et brudd på «grunnleggende regler om etterforskning» kunne vært et selvstendig grunnlag for bevisforbud, men bruken av «dessuten» taler for at det bør forstås som en separat anførsel. Det er nærliggende å forstå referansene til «fremgangsmåten» og «grunnleggende regler om etterforskning» som at det menes at det er benyttet en etterforskningsmetode som i seg selv ikke kan aksepteres.

Det bør fremgå av besvarelsen at bevisprovokasjon som etterforskningsmetode ikke er regulert i lov eller forskrift, men utøves i medhold av den alminnelige handlefrihet. Det kan problematiseres om denne praksisen i alle situasjoner er forenlig med legalitetsprinsippet etter Grunnloven § 113 og vernet

om privatlivet etter § 102 første ledd første punktum og EMK artikkel 8, herunder også for tilfellet i oppgaven.

Men det følger av sikker praksis fra Høyesterett og EMD at bruk av infiltrasjon, herunder det å få noen til å inkriminere seg selv overfor infiltratøren er en akseptert fremgangsmåte, også etter kravet om «rettferdig rettergang» i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. Det kan tenkes at noen kandidater har fulgt med på giftdrapssaken hvor det ble benyttet dekkagent, og som fikk sitt rettslige punktum med HR-2019-1747-U hvor omfattende infiltrasjon ble akseptert.

Infiltrasjon skal brukes innenfor gjeldende reguleringer og i tråd med straffeprosessuelle prinsipper, og det følger nærmere krav til metodebruken av rettspraksis og i riksadvokatenes retningslinjer (2/18). Det kan være egnet til å forvirre kandidatene at pensumlitteraturen bruker termen «bevisprovokasjon» om det som i riksadvokatens rundskriv omtales som «infiltrasjon», mens «provokasjon» forbeholdes situasjoner hvor straffbare handlinger påvirkes. Det kan som det også fremgår av retningslinjene være glidende overganger, men saksforholdet i oppgaven er i alle tilfelle et rent tilfelle av «infiltrasjon» eller «bevisprovokasjon», og oppgaven gir således ikke foranledning til å ta opp spørsmål knyttet til handlingsprovokasjon som frifinnelsesgrunn.

Etter mitt skjønn er det ut fra oppgaven ikke foranledning til annet enn eventuelt å nevne at bruken av infiltratører skal skje innenfor betryggende rammer og besluttes på rett nivå i påtalemyndigheten – selv om teksten for så vidt kan gi inntrykk av at metoden besluttes brukt av politiet. Mer nærliggende er det å ta opp kravet om subsidiaritet og forholdsmessighet; at provokasjon først skal benyttes derom tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelige. Ut fra oppgaveteksten kan det synes som om politiet gikk «rett på» infiltrasjon, noe det ikke er anledning til med mindre det er klart at en ordinær fremgangsmåte er tilstrekkelig. Men heller ikke om dette gir oppgaveteksten nærmere informasjon, så spørsmålet om politiet i realiteten foretok et skjult avhør i strid med straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1 og virkningen av det, bør drøftes som et spørsmål om bevisforbud.

For det tilfellet at grensene for metodebruken blir overskredet med den følge at trinnhøyere rettsnormer krenkes, i vårt tilfelle Grunnloven 102 og EMK artikkel 8, vil det normalt være tilstrekkelig at det kompenseres med bruk av bevisforbud dersom det er grunnlag for det, og ellers at det fastslås i domsbegrunnelsen eller slutningen at det har skjedd en krenkelse, se for eksempel Rt. 2006 s. 582 avsnitt 32 og HR-2018-1909-A avsnitt 77.

Konklusjon: Det foreligger ikke brudd på grunnleggende regler om etterforskning.

6 Bevisforbud som følge av fremgangsmåten ved infiltrasjon

6.1 Bevisforbud for bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet

Utgangspunktet er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres, men det kan etter omstendighetene gjelde bevisforbud for bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Vurderingskriteriene for bevisavskjæring er angitt i Verksbetjent-dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som er begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset plikter å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, jf. f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.»

Det er å forvente at kandidatene tar utgangspunkt i avgjørelsen og rettssetningen som uttrykkes, ettersom den både referert til og lagt til grunn i flere senere avgjørelser, se blant annet Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22 hvor det siterte omtales som en «treffende oppsummering av rettsstilstanden», Rt. 2013 s. 476 avsnitt 20 og HR-2019-1747-U avsnitt 37. Dessuten gjaldt Verksbetjent-dommen nettopp en situasjon hvor bevisprovokasjon stod i et spenningsforhold til vernet mot selvinkriminering.

Skal bevis avskjæres etter denne regelen må altså en ervervsnorm være brutt. Hvis så, er regelen at beviset normalt skal avskjæres om bruken innebærer en fortsatt krenkelse av interessene som ervervsnormen er satt til å verne. Dersom det å føre beviset ikke innebærer en slik «gjentatt» krenkelse, skal spørsmålet om avskjæring isteden avgjøres etter en bredere interesseavveining ut fra de oppgitte momentene. Kandidatene bør legge opp drøftelsen etter denne strukturen og se hen til øvrig rettspraksis for å klargjøre avveiningene nærmere.

6.2 Brudd på ervervsnorm I – Manglende mistankegrunnlag

Politiet kan i medhold av den alminnelige handlefrihet ta kontakt med personer uten å gi seg tilkjenne på den måten som er beskrevet i oppgaven, dersom de generelle vilkårene for bruk av infiltrasjon er oppfylt. Straffeprosessloven § 216 I gir hjemmel til opptak av politiets samtaler med personer som «med rimelig grunn» mistenkes for straffbar handling som kan medføre frihetsstraff. Fornuftige drøftelser av bestemmelsen bør honoreres.

Det fremgår ikke direkte av oppgaveteksten om Tastad eller andre er mistenkt for overtredelse av straffeloven § 240 når samtalen og opptaket påbegynnes, men sett i sammenheng med den foregående beskrivelsen av hendelsesforløpet, er det forsvarlig å legge til grunn at han er mistenkt eller «substantially affected» når samtalen påbegynnes.

Subsidiært om vilkåret om mistanke ikke er oppfylt når samtalen påbegynnes, er spørsmålet om det innebærer brudd på en ervervsnorm. Det er ikke straffbart å ta opptak av samtaler man selv deltar i, men det at lovgiveren med § 216 I har regulert bruken av opptak taler for at det ikke benyttes ut over det som er positivt angitt. I Rt. 2009 s. 1526 ble fornærmedes hemmelige opptak fra et forsoningsmøte ansett som utilbørlig ervervet, se avsnitt 31.

Ettersom fremgangsmåten griper inn i personvernet og privatlivet tilsier også kavet til legalitet at det er brudd på en ervervsnorm, jf. Grunnloven § 113. Vernet om privatlivet i Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8 nr. 2 stiller også krav om hjemmelsgrunnlag, se nærmere Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 23–30.

Det er ikke av betydning hvordan drøftelsen faller ut, men de rettslige momentene som trekkes frem må holdes opp mot sakens faktum. Det bør trekkes frem at det i tilfellet var en bevisst valgt fremgangsmåte som gikk utover lovens ord og forutsetninger og at opptaket griper inn i Tastads private svære. Det er imidlertid ikke å forvente at alle ser at dette mulige bruddet på erverv.

Delkonklusjon: Ikke brudd på ervervsnorm på grunn av manglende mistankegrunnlag, subsidiært brudd.

6.3 Brudd på ervervsnorm II – Selvinkrimineringsvern

Vernet mot tvungen selvinkriminering legger begrensninger på hvordan politiet kan gå frem ved infiltrasjon. Verksbetjent-dommen fastslår at det er «et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse». Vernet tilkommer den som er mistenkt, se nærmere om mistanke ovenfor.

Vernet er blant annet innfortolket i retten til rettferdig og offentlig rettergang i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. Et konkret uttrykk for prinsippet i straffeprosessloven er at mistenkte som skal avhøres skal opplyses om at han ikke har plikt til å forklare seg, jf. § 230. Innholdet i vernet, herunder grensene for politiets adgang til å opptre fordekt må klargjøres ut fra rettspraksis, og kandidatene vil antagelig utlede vurderingskriterier fra Verksbetjent-dommen og EMDs storkammerdom Bykov mot Russland hvor praksis konsolideres (2009).

Det følger av praksisen at politiet med bruk av infiltrasjon kan legge til rette for at mistenkte snakker seg inn i straffansvar, men at det forutsetter at kontakten og samtalen ikke avviker i for stor grad fra frivillig og alminnelig prat.

I Verksbetjent-dommen konkluderte Høyesterett med at selvinkrimineringsvernet var overtrådt, og trakk frem at samtalen var en del av en iverksatt og omfattende etterforskning, at det var gjennomført en rekke etterforskingsskritt, blant annet seks avhør av siktede, at mistenkte ikke selv hadde invitert til kontakten og at det var politiet som dreide samtalen inn mot den straffbare handlingen mistanken gjaldt.

I Bykov-saken ble konklusjonen at det var gått frem på en måte som var forenlig med vernet mot tvungen selvinkriminering. Det ble trukket frem at mistenkte frivillig hadde møtt og samtalt med informanten, at han ikke var frihetsberøvet, men var hjemme hos seg selv uten noen form for press, og at det ikke var et nært personlig forhold mellom samtalepartnerne, se avsnitt 102 og nærmere i Øyen s. 179.

I pensumlitteraturen oppsummeres rettstilstanden for lovlig etterforskning på s. 180–181 med å si at det skal foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i tre momenter: 1) Hvor detaljert samtalen omhandler forhold av betydning for straffansvar, 2) graden av aktivitet og styring av samtalen fra politiets side og 3) om vedkommende var frihetsberøvet eller ikke.

Kandidatene vil klargjøre og forankre grensene for ervervsnormen på ulike måter, og noen vil sikker også trekke frem andre avgjørelser, som EMDs avgjørelser Allan mot UK og Heglas mot Tsjekkia. Uansett må normen søkes klargjort ved å tydeliggjøre relevante momenter og så holde saksforholdet i oppgaveteksten opp mot disse.

Det bør løftes frem at formålet var «å få» Tastad i tale, at kontakten var preget av frivillighet og var merkantilt motivert, at det var politibetjenten som «kom ... inn på saken» og at Tastad først etter dette snakket seg inn i det som minst må være et uaktsomhetsansvar, men at det ikke ble stilt konkrete spørsmål om skyld. Det kan også trekkes inn at formålet med selvinkrimineringsvernet ikke er å hindre folk i å prate, men å hindre at de tvinges til det.

Samlet sett bærer samtalen og betingelsene for den preg av så stor grad av frivillighet hos Tastad at det bør konkluderes med at selvinkrimineringsvernet ikke er trådt for nær. En balansert drøftelse med motsatt resultat må imidlertid kunne godtas.

Praksis viser at det også kan ha betydning for selvinkrimineringsvernet og bevisføringsadgangen hvordan bevisene brukes, se nærmere i Bykov-saken avsnitt 103. Dette er også lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1814, hvor det konkluderes med at vernet ikke var til hinder for bevisførselen så lenge det gis «anledning til å bestribe og føre motbevis vedrørende riktigheten av det aktuelle beviset». Oppgaveteksten inneholder ingen informasjon om bevisets betydning eller hvordan det skal benyttes.

Kandidater med oversikt vil se at selvinkrimineringsvernet på ervervstidspunktet ikke bare gjaldt for Tastad personlig, men også for det juridiske subjektet Kjemisk Industri AS, jf. Rt. 2011 s. 800. Det er

ikke avklart hvilken persongruppe som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av selskaper, men det være klart at administrerende direktør tilhører denne gruppen. I og med at tiltalen er rettet mot Tastad inviterer ikke oppgaven til en nærmere drøftelse av dette her, men det kan tenkes å få betydning for spørsmålet om beviset skal avskjæres.

Delkonklusjon: Ikke brudd på selvinkrimineringsvernet.

6.4 Spørsmål om avskjæring I – Manglende mistankegrunnlag ved opptak

Drøftelsen må prinsipalt eller subsidiært bygge på at det ikke var anledning til å gjøre opptak av samtalen.

Først er spørsmålet om bruken av opptaket som ble sikret til tross for manglende mistankegrunnlag vil medføre en «gjentatt krenkelse». I utgangspunktet synes interessekrenkelsen å være begrenset i tid og rom, fordi opptaket festes én gang og det oppstod mistankegrunnlag etterhvert som praten gikk. Rt. 2009 s. 1526 gjaldt et utilbørlig opptak, og det ble ikke ansett som en «gjentatt krenkelse» å føre det, se nærmere nedenfor.

Betydningen av manglende mistankegrunnlag var tema i Rt. 2006 s. 582, saken gjaldt ransaking og det ble ikke ansett som en ny interessekrenkelse at det ble gitt forklaringer om beviservervet, se avsnitt 23:

«Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen om politibetjentene hadde blitt gitt anledning til å forklare seg om hva de fant ved ransakingen. Det var tale om våpen og ammunisjon som A ulovlig var i besittelse av. Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakingen. Vår sak atskiller seg dermed klart fra tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset som f.eks. dersom man ved ransaking hos en lege har kommet i besittelse av dokumenter som omfattes av legens taushetsplikt.»

Ut fra denne rettssetningen er heller ikke bruken av opptaket av Tastad å anse som en gjentatt krenkelse, ettersom politiet ville hatt mistankegrunnlag om de var kjent med de faktiske forhold som de ble kjent med. Avgjørelsen kan og har vært kritisert for ikke å peke mot det som er temaet under vilkåret om «gjentatt krenkelse», nemlig om det knytter seg en interessekrenkelse til det å føre beviset, men det kan det ikke forventes at kandidatene kommer inn på.

Delkonklusjon: Det er ikke bevisforbud på grunn av «gjentatt krenkelse».

Spørsmålet er så om opptaket skal avskjæres ut fra en interesseavveining. Kandidatene må få frem at som et klart utgangspunkt kan bevis føres tross brudd på ervervsnormer, og at det må svært sterke grunner til før prinsippet om fri bevisføring begrenses på et slikt grunnlag. Det er blant annet lagt til grunn i Rt. 2006 s. 58, hvor det også under interesseavveiningen løftes frem at politiet ville hatt materiell hjemmel for ransaking dersom den hadde et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, se avsnitt 24.

Kandidatene bør ta utgangspunkt i momentene fra rettssetningen i Verksbetjent-dommen og holde saksforholdet opp mot disse. Det kan nevnes at for denne delen av drøftelsen er det kun opptaket som er problematisk, selve samtalen er innenfor den alminnelige handlefriheten. Videre bør det fremheves at krenkelsen er forholdsvis beskjedne, at erkjennelse normalt vil ha stor bevisverdi og at saken gjelder et alvorlig forhold som det har vært betydelig oppmerksomhet om, og at hensynet til sakens opplysning derfor er av stor betydning.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1526 som gjaldt en fornærmeds hemmelige opptak fra et forsoningsmøte er retningsgivende for hvordan interesseavveiningen faller ut, se avsnitt 31 og 32:

«I vår sak er det ikke tvilsomt at opptakene er fremskaffet på en utilbørlig måte, og at de dermed kan avskjæres. I avveining av om opptakene likevel skal føres som bevis, vil jeg peke på at det er illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell. Det at presten var til stede og selv understreket at samtalen var underlagt taushetsplikt, forsterket preget av fortrolighet, slik at selv om forholdet ikke rammes av straffeprosessloven § 119, har hensynene bak bestemmelsen innvirkning på avveiningen. Videre kan den som gjør opptaket, styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak.

På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende. Jeg vil også peke på at betydningen av prestens tilstedeværelse ikke kan tillegges stor vekt i denne saken, ettersom de primære samtalepartene var B og I. På denne bakgrunn er jeg kommet til at det ikke er en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten aksepterte at lydopptakene ble ført som bevis.»

De som har finner frem til Rt. 2009 s. 1526 kan gjerne betone likheter og forskjeller mellom saksforholdet og vår oppgave, og fremheve at manglende mistankegrunnlag for et slikt tiltak ikke kan være tilstrekkelig for avskjæring.

Delkonklusjon: Det gjelder ikke bevisforbud etter en interesseavveining.

Konklusjon: Opptaket tillates ført til tross for at mistankekravet ikke var innfridd på ervervstidspunktet.

6.5 Spørsmål om avskjæring II – Selvinkrimineringsvernet

Drøftelsen må prinsipielt eller subsidiært forutsette at selvinkrimineringsvernet er trådt for nær.

Det må avklares om bruken av opptaket vil medføre en «gjentatt krenkelse» og derfor skal avskjæres. Kjernen i selvinkrimineringsvernet er at den mistenkte har rett til å forholde seg taus overfor følgende myndigheter, og avspilling av et opptak bryter med denne retten. Dersom opptaket benyttes uten samtykke fra mistenkte, vil det innebære at det på ny gripes inn i privilegiet den mistenkte har til å ikke å prate. Bruk av bevis fremskaffet ved brudd på vernet mot tvungen selvinkriminering er i praksis vurdert som «gjentatt» krenkelse, med henvisning til det vedvarende interessevernet. I Verksbetjentdommen er det formulert slik på s. 1272–1273:

«I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset.»

Det er enkelte avgjørelser hvor brudd ved ervervet ikke er gitt ubetinget er gitt virkning. Rt. 2003 s. 1814 gjaldt rekkevidden av selvinkrimineringsvernet, og det ble lagt til grunn at det ikke gjaldt bevisforbud dersom vedkommende fikk «anledning til å bestride og føre motbevis vedrørende riktigheten av det aktuelle beviset». Det kan forstås som at det ikke ble ansett som et «gjentatt» inngrep så lenge beviset behandles med varsomhet. Rekkevidden av dette må vurderes i lys av om tiltalte i saken hadde snakket seg inn i et straffansvar under den innledende samtalen – forut for avhør

og opplysningsplikten –, han sa at han hadde drukket og kjørt. Dette sammenholdt med at avhørsbegrepet synes lagt noe på strekk, kan tenkes å ha hatt betydning for vurderingen, men som det fremgikk ovenfor er bevisbehandling også betont i Bykov-saken.

Oppgaven gir ingen informasjon om den nærmere bruken av beviset, og et eventuelt brudd på selvinkrimineringsvernet vil uansett nok uansett ikke anses som et grensetilfelle, ettersom beviservervet i tilfelle vil være et resultat av omgåelse av reglene om avhør og et resultat av press. Det er da heller ikke forhold som taler for å fravike hovedregelen om bevisforbud, jf. forbeholdet «normalt» i Verksbetjent-dommen. Det kan kort nevnes at fremgangsmåten dessuten innebar risiko for brudd på selvinkrimineringsvernet til Kjemisk Industri AS.

Konklusjon: Det er bevisforbud for brudd på selvinkrimineringsvernet.

6.6 Spørsmål om avskjæring III – Samlet vurdering

Det kan også foretas en samlet vurdering av beviservervet, herunder for ulike kombinasjoner av brudd og ikke-brudd på ervervsnormene. Dette kan dels trekkes inn som argument for at hovedregelen om bevisforbud ved «gjentatt krenkelse» bør komme til anvendelse ved brudd på selvinkrimineringsvernet, slik at det ses bort fra forbeholdet «normalt». Dels kan det trekkes inn som et tilleggsmoment i interesseavveiingen for spørsmålet om avskjæring av optaket.

7 Vurdering

7.1 Om undervisnings- og eksamenssituasjonen

Undervisningen i sivilprosess ble gjennomført fullt ut før stengningen av UiO, og undervisningssituasjonen har således ikke vært direkte påvirket. Likevel vil det videre arbeidet med faget kunne være påvirket. For straffeprosessundervisningen innebar den fysiske stengningen av fakultetet og sykdom hos faglærere at det ble lagt ut lyd- og bildeopptak av forelesningene i straffeprosess fra høsten 2019, og samtidig særskilt informert om lovendringer. Kursundervisningen i straffeprosess har gått som normalt, men gjennomført digitalt med bruk av Zoom. Sensorene bes om å ta hensyn til den krevende undervisnings- og eksamenssituasjonen.

JUS4211 blir – i likhet med alle andre planlagte eksamener – gjennomført som hjemmeeksamener. Informasjon om dette finnes her: <https://www.jus.uio.no/studier/aktuelle-saker/2020/vedtak-eksamensgjennomforing-25mars.html>

Følgende presisering er tatt inn på oppgavens første side:

«Eksamen skal være et selvstendig arbeid. På hjemmeeksamen er det tillatt å bruke alle tilgjengelige kilder. Utover dette gjelder alminnelige eksamensvilkår:

1. Under eksamen er det ikke tillatt å kommunisere med andre personer om oppgaven, eller å distribuere utkast til besvarelse eller fullstendig besvarelse. Slik kommunikasjon er å anse som fusk.
2. Innleverte eksamensbesvarelser blir behandlet i UiOs datasystem for tekst- og plagiatkontroll.»

At studentene kan gjøre bruk av "alle tilgjengelige kilder", innebærer blant annet fri tilgang til alle avgjørelser og forarbeider i Lovdata, lovkommentaren på Rettsdata, tvistelovens kommentarutgave, samt de alminnelige lærebøkene. Det gir muligheter for større detaljgrad i kildehenvisningene, men det er ikke noe krav om dette. Inspira åpner ikke for fotnoter og kildehenvisninger må gjøres i teksten. Skoleeksamen som går som hjemmeeksamen følger alminnelige eksamensvilkår og

kandidatene kan skrive hjemme som om de var på skolen. Da gjelder utgangspunktet om at man ikke behøver henvisninger, for eksempel der man bruker runde vendinger som "det er hevdet i juridisk teori at". Dersom kandidatene velger å benytte kilder og siterer direkte, eller direkte bygger på andres materiale, må de få frem at det er dette de gjør.

7.2 Bedømmelse

Dette semesteret er vi i den spesielle situasjon at eksamensbesvarelser skal vurderes som enten bestått eller ikke bestått (B/IB). Bokstavkarakterer (A-F) skal ikke benyttes (heller ikke i eventuell senere kontakt med kandidatene). Når det gjelder kravene for bestått / ikke-bestått og hvor grensen bør gå for bestått er det gitt følgende føringer:

«For å oppnå resultatet «bestått» må man oppfylle kravene til læringsutbytte slik det fremgår av læringsbeskrivelsen, og vise tilfredsstillende kunnskaper, ferdigheter og metodisk kompetanse.»

Samtidig må det understrekes at Juridisk fakultet tolker bestått-standarden slik at kravene for å bestå eksamen i praksis må være de samme som tidligere.

For de sivilprosessuelle spørsmålene som oppgaven reiser, må det minst kunne kreves at kandidatene finner frem til tvisteloven § 29-4 og drøfter hvorvidt den nye påstanden er uttrykk for et nytt krav, eller om påstanden er omfattet av det samme kravet som ble behandlet i tingretten. Kandidaten må også kunne knytte noen kommentarer til anførselen om at endringen er fremsatt for sent.

Hva gjelder de straffeprosessuelle spørsmålene oppgaven reiser, må kandidatene minst ta utgangspunkt i regelen om bevisforbud for ulovlig og utilbørlig bevis slik den følger av Verksbetjentdommen, herunder vilkåret om brudd på ervervsnorm og skillet mellom vilkåret om «gjentatt» krenkelse og interesseavveining. Det må også komme frem at det er et mulig brudd på vernet om selvinkriminering som må holdes opp mot bevisforbudsnormen. Kandidatene må identifisere de relevante sider av saksforholdet og holde de opp mot reglene. Når det gjeldet spørsmålet om «fremgangsmåten innebar brudd på grunnleggende regler om etterforskning», bør det gis spillerom, men det må ikke være tvil om at infiltrasjon kan benyttes som metode.

Selv om oppgaven favner mange forskjellige spørsmål, synes det ikke som om andelen kandidater med tidsnød er større enn vanlig. Det kan være grunn til å understreke at sensorveiledningen ikke er et uttrykk for hva som *må* være med, men hva kandidatene *kan* få med. Særlig den straffeprosessuelle delen av sensorveiledningen er mer omfattende enn det man kan forvente på eksamen. Om kandidatene passerer terskelen for bestått, må avgjøres etter en helhetsvurdering.

Oslo, 29.04.2020

Kristina Stenvik, Anders Løvlie og Maria Astrup Hjort

Revidert 27.05.2020, Maria Astrup Hjort

Del II Teori

1 Litteratur og læringsmål

Ifølge læringsmålene kreves det god forståelse av:

Metodiske forhold og problemstillinger på strafferettens område, herunder ved tolking av straffebud

Ansvarslæren, herunder hovedvilkårene for straff: (1) lovstridig handling

Problemstillingen er godt dekket i begge pensumalternativene:

Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett (6. utgave) kapittel 10 (tolking/legalitetsprinsippet) og 13 (rettsstridsreservasjonen).

Ståle Eskeland, Strafferett (5. utgave) kapittel 4.3.2 (legalitetsprinsippet), 4.3.10 (rettsstrid) og 20 (rettskildespørsmål).

Undervisnings- og eksamenssituasjonen for strafferett:

Mesteparten av strafferettsundervisningen ble gjennomført på normalt vis før 12 mars. To forelesninger om forsøk og om medvirkning ble lagt ut i form av opptak fra høsten 2019. Tre kursdager, om forsøk, medvirkning og utvalgte praktiske oppgaver, ble gjennomført i kursgrupper på zoom. Det betyr at forelesning og kurs av spesifikk relevans for oppgaven ble holdt på normalt vis. Likevel må det antas at situasjonen har påvirket studentenes totale læringsutbytte, også med en viss relevans for eksamen. Tolkningsspørsmål av den type som reises i oppgaven, er kontinuerlig gjenstand for diskusjon på kursene, og i så måte ble de digitale kursene ingen fullgod erstatning, siden de i mindre grad inviterer til toveis kommunikasjon.

2 Avgrensninger

Oppgaven er noe utradisjonelt formulert, og kandidatene kan gjerne presisere hvordan de forstår oppgaveteksten. Det bør likevel ikke føre til trekk om kandidatene går rett på drøftelsen uten nærmere redegjørelser for avgrensningen, såfremt den underforståtte forståelsen av oppgaven er fornuftig.

Å tolke et straffebud «på tvers av ordlyden» vil si å legge til grunn et annet resultat enn det lovteksten gir anvisning på. Dette omfatter både utvidende/analogisk tolking og innskrenkende tolking. Når man skal ta stilling til den rettslige betydningen av at ordlyden taler mot et tolkingresultat, vil det i strafferetten ha avgjørende betydning om det er tale om en tolking til gunst eller ugunst for gjerningspersonen. Å tolke på tvers av ordlyden til ugunst for gjerningspersonen, er utelukket på grunn av legalitetsprinsippet. Å tolke på tvers av ordlyden til gunst for gjerningspersonen, vil etter omstendighetene være tillatelig.

Utvidende/analogisk tolking av et straffebud vil alltid være til ugunst for gjerningspersonen, ettersom det innebærer at straffebudet anvendes på en adferd som det etter ordlyden ikke skal gjelde for. Innskrenkende tolking av et straffebud vil være til gunst for individet dersom en adferd ikke anses straffbar til tross for at den rammes av ordlyden. Hvordan man skal karakterisere situasjonen der et vilkår i ordlyden som begrenser straffebudets anvendelsesområde tolkes innskrenkende, kan nok være en smakssak (se for eksempel Rt. 2014 s. 238 avsnitt 19, som riktignok gjaldt tolking av en spesiell straffrihetsgrunn). Dette kan både ses under synsvinkelen analogi (straffebudet anvendes til tross for at det er uanvendelig etter sin ordlyd) eller innskrenkende tolking til ugunst. Slike tilfeller må uansett likestilles med en ordinær utvidende/analogisk tolking hva gjelder legalitetsprinsippetets betydning. Det kan selvfølgelig ikke kreves at kandidatene problematiserer dette.

3 Tolking på tvers av ordlyden til ugunst

Det sentrale i denne delen av besvarelsen er hvilke grenser for utvidende/analogisk tolking som følger av det strafferettslige legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 96 og EMK art. 7 (samt SP art. 15, som det ikke vises så mye til i norsk juridisk litteratur eller rettspraksis).

Rettstilstanden er i sin kjerne meget enkel: Et straffebud kan ikke anvendes på et tilfelle som ikke dekkes av ordlyden, uansett hva som har vært lovgivers intensjon eller hva formålsbetraktninger og andre reelle hensyn skulle tilsi, se for eksempel Rt. 2012 s. 313 avsnitt 29. En betingelse for straffbarhet er dermed at adferden omfattes av en mulig språklig forståelse av gjerningsbeskrivelsen. Rt. 2012 s. 387 er et eksempel på en sak der det var dissens om hvorvidt ordlyden åpnet for en fortolkning som dekket adferden.

Kandidatene bør illustrere legalitetsprinsippets betydning med noen eksempler. Nyere rettspraksis byr på et bredt tilfang. Det avgjørende er ikke hvilke avgjørelser som kandidatene benytter, men at det sentrale spørsmålet i de utvalgte sakene formidles på en måte som får frem legalitetsprinsippets betydning.

Det bør gi et pluss om kandidatene får frem at den strenge håndhevingen av legalitetsprinsippet er et resultat av en nyere rettsutvikling, jf. uttalelsen om dette i Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15. Tidligere var Høyesterett mer tilbøyelige til å tolke straffebud utvidende dersom gode grunner tale for det, se f.eks. den velkjente passbåtkjennelsen inntatt i Rt. 1973 s. 433. Refleksjoner rundt hva som har vært årsaken til denne utviklingen, bør premieres. Det bør også telle positivt dersom kandidatene får frem hvilke hensyn som ligger til grunn for forbudet mot utvidende/analogisk tolking.

Legalitetsprinsippet stiller også krav til at den straffbare adferden fremgår noenlunde presist av lovteksten («klarhetskravet»). Dette faller imidlertid utenfor oppgaven, ettersom det er tale om en adferd som omfattes av lovens ordlyd. Det må føre til trekk om kandidatene bruker mye plass på å behandle dette.

4 Tolking på tvers av ordlyden til gunst

4.1 Rettsstridsreservasjonen

Avgrensningen av denne delen av besvarelsen kan nok by på en del hodebry for kandidatene, se nedenfor. Den ulovfestede rettsstridsreservasjonen bør imidlertid utgjøre kjernen i drøftelsen.

Rettsstridsreservasjonen innebærer at ethvert straffebud kan måtte tolkes innskrenkende til gunst for gjerningspersonen, slik at en handling som omfattes av ordlyden likevel ikke er straffbar. Det kreves ikke at loven selv inneholder uttrykk som «rettsstridig» eller lignende (og der det er tilfellet, er det strengt tatt heller ikke tale om å tolke på tvers av ordlyden). Typisk vil en slik tolking være på sin plass der formålet med straffebudet ikke gjør seg gjeldende eller der reelle hensyn med tyngde tilsier at straffebudet ikke bør anvendes etter sin ordlyd (se f.eks. de generelle uttalelsene om dette i Rt. 2008 s. 1491 og 1979 s. 1492).

Som ved drøftelsen av legalitetsprinsippet er det viktig at kandidatene trekker frem noen gode eksempler på rettsstridsvurderinger, enten fra rettspraksis eller juridisk litteratur. Innsiktsfulle drøftelser av hvorfor den strafferettslige metoden åpner for at man kan tolke på tvers av ordlyden i noen tilfeller, bør premieres.

4.2 Andre mulige temaer

Etter min mening vil det være fullgodt om kandidatene begrenser seg til å drøfte legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjonen. Slik oppgaven er formulert, er det imidlertid ikke helt opplagt hvordan straffrihet på grunn av straffrihetsgrunner, samtykke, tillatt risiko og adekvans skal behandles (og det interne forholdet mellom disse begrepene er heller ikke innlysende ut fra den strafferettslige litteraturen).

I utgangspunktet faller det etter min mening utenfor oppgaven å behandle generelle, lovfestede straffrihetsgrunner (f.eks. nødrett og nødverge). Selv om slike bestemmelser kan medføre at en handling ikke er straffbar selv om den oppfyller vilkårene i straffebudets gjerningsbeskrivelse, er det lite naturlig å si at man tolker på tvers av straffebudets ordlyd. Straffrihet er her et utslag av lovens systematikk, der generelle vilkår for straff fremgår av egne bestemmelser fremfor å være gjentatt i de enkelte straffebudene. Tilsvarende betraktninger kan kanskje gjøres gjeldende for så vidt gjelder spesielle lovfestede straffrihetsgrunner, som eventuelt også kan ses som en del av gjerningsbeskrivelsen som av ulike grunner er skilt ut i egne ledd eller bestemmelser. Det bør imidlertid ikke i seg selv føre til trekk om kandidatene også tar opp de lovfestede straffrihetsgrunnene, såfremt det ikke gis en for fremtredende plass sett i forhold til legalitetsprinsippet og rettsstridsreservasjonen.

Mer nærliggende er det å nevne de ulovfestede straffrihetsgrunnene, ettersom det her er tale om omstendigheter utenfor loven selv som medfører en begrensning i straffansvaret sett i forhold til lovens ordlyd. Den juridiske litteraturen er ikke helt konsekvent med hensyn til hva som regnes med til denne kategorien. Noen forfattere behandler f.eks. samtykke og tillatt risiko som en del av rettsstridsvurderingen fremfor som ulovfestede straffrihetsgrunner. Kandidatene må derfor innrømmes

betydelig frihet med hensyn til hvordan de forutsetter at disse vilkårene for straffansvar skal systematiseres.

For så vidt gjelder samtykke, følger det i noen tilfeller av loven at dette er et vilkår for straffansvar, se f.eks. straffeloven § 276. Også der loven ikke direkte bruker uttrykket «samtykke», vil et samtykke kunne utelukke at gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Et samtykke til seksuell omgang utelukker f.eks. at ordlyden i straffeloven § 291 om voldtekt kan være oppfylt. Slike tilfeller faller utenfor det oppgaven etterspør, idet det ikke er tale om å tolke på tvers av ordlyden.

I noen tilfeller medfører imidlertid samtykke at en handling som dekkes av ordlyden, likevel ikke er straffbar. Dersom eieren av en løsøre gjenstand samtykker til at den blir ødelagt, kan ikke straffeloven § 351 om skadeverk anvendes – dette til tross for at lovens vilkår er oppfylt. Hvorvidt dette ses som et resultat av en rettsstridsvurdering eller en ulovfestet straffrihetsgrunn er, som nevnt, en smakssak.

Tilsvarende kan man betrakte situasjonen der straffriheten skyldes at adferden lå innenfor den tillatte risiko. For så vidt gjelder følgedelikter oppstår det da også en flytende grense mot manglende adekvans. Dette kan man enten se som et krav som ligger innbakt i lovens vilkår om årsakssammenheng, eller som en begrensning på straffansvaret som ligger utenfor straffebudet selv.

5 Den samlede vurderingen

Opgaven er ikke helt enkel å avgrense. Det skyldes både måten den er formulert på og (den manglende) systematiseringen av ansvarslæren i den strafferettslige litteraturen. Kandidatene bør konsentrere seg om å fremstille legalitetsprinsippet og den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Begge temaene bør behandles, selv om det nok er førstnevnte som oppgaveteksten i første rekke trekker tanken i retning av. Det bør ikke føre til stryk på deloppgaven dersom kandidaten bare tar for seg ett av disse temaene, såfremt det som tas opp til behandling er håndtert på en forstandig måte.

Ut over det ovennevnte bør kandidatene innrømmes betydelig frihet med hensyn til hva de velger å behandle, og man kan ikke kreve at kandidatene begrunner hvorfor de velger – eller ikke velger – å behandle straffrihetsgrunnene, samtykke, tillatt risiko eller manglende adekvans. Men kandidater som gjennom slike begrunnede avgrensninger viser innsikt i ansvarslærens (manglende) systematikk, må selvfølgelig få god uttelling for det.

Opgaven ligger i kjernen av strafferettsfaget og er godt dekket i pensum. De fleste burde dermed ha mer enn nok å skrive om. Samtidig representerer dette en utfordring for kandidatene, sett hen til at de bare har to timer til disposisjon. Særlig de som forstår oppgaven dit hen at det kan være aktuelt å behandle straffrihetsgrunnene, vil kunne få svært dårlig tid. Man kan derfor ikke kreve inngående behandling av de enkelte temaene som er skissert ovenfor.

Sensorveiledningen er skrevet uten at noen besvarelser er lest.

Oslo, 27. april 2020

Av Thomas Frøberg

