

STRAFFEPROSESS

Vår 2014

Jo Stigen, UiO

INNLEDNING

- «Straffeprosess» = den samlede behandlingen av en straffesak (etterforskningsstart til eventuell straffullbyrdelse)
- Etterforskning – siktelse – tiltale – selve straffesaken – domfellelse - straffullbyrdelse
- Forholdet til strafferetten (materieell rett)
- Sammenlikn sivilprosessen

- Hvorfor er straffeprosessen så viktig?
- Straff er et dramatisk virkemiddel
- To grunnleggende prinsipper:

Rettferdig rettergang (*fair hearing*)

Uskyldspresumpsjonen

- Offentlig forfølgning
 - Kunne forfølgningen vært privat?
 - Anklageprinsippet
 - Hensiktsmessighetsprinsippet
 - *Favor defensionis*

- Upartiskhet

- Habilitet

- Påtalemyndighetens uavhengighet

- Sannhetsgrunnsetningen
 - Undersøkelsesprinsippet
 - Fri bevisføring
 - Bevisumiddelbarhet
 - Fri bevisbedømmelse
 - Men: *In dubio pro reo*

- Humanitet
 - Regulering av tvangsmidler
 - Vern mot tvungen selvinkriminering
 - Rask prosess
 - Hensynsfull prosess

- Kontradiksjon

- Spesifikasjonskravet

- Rett til å ta til motmæle

- Rett til å krysseksaminere vitner

- Partsprosess
 - Sml. «inkvisitorisk» prosess
 - Angloamerikansk prosess vs. *civil law*

- Kontrollerbar prosess
 - Overprøving (ny prøving)
 - Demokratisk kontroll
 - Legalitetsprinsippet
 - Offentlighet

- Effektivitet
 - Høy oppklaringsprosent
 - Riktige avgjørelser
 - Rask behandling
 - Kostnadseffektiv

- Kravene til en god straffeprosess er altså:
 - Betyggende, men også rask og billig
 - «Tre ting på én gang» - er det mulig?

- Hva innebærer en betryggende prosess?
 - Må *være* betryggende
 - Må *oppfattes* som betryggende
 - Hensynsfull prosess
 - Sannheten skal finnes →

- Henger sammen med hurtighet

- Uheldig med treg prosess
 - Tiltalte og omgivelsene bør få rask avklaring
 - Ille for en uskyldig
 - Bevisene kan bli usikre
 - Behov for straff avtar med tiden?

- Hurtighet særlig viktig ved fengsling
 - Fremstillingsfrister
 - Fengslingsfrister

- EMK artikkel 6 – «Fair trial»

«... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time”

- Henger også sammen med kravet om en «billig prosess»
- Uforsvarlig å bruke mye ressurser på mindre alvorlige saker

- Andre prosessuelle grunnprinsipper
 - Offentlighet
 - Muntlighet
 - Bevisumiddelbarhet

- Forskjeller fra sivilprosessen

- Straffeprosessen er *nødvendig*, jf. Grl § 96

§ 96. Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom. Pinligt Forhør maa ikke finde Sted.

- Det må altså foreligge en *dom*



– Det offentliges interesse i et riktig resultat

- Partene disponerer ikke over straffen (*guilty plea*)
- Ikke forhandling (*plea bargaining*)
- Domstolenes undersøkelsesplikt:

§ 294. Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen.



- Ingen uteblivelsesdom
- Ingen «interesse motsetning» som den i sivile saker, hvor den «enes tap er den andres seier»

- Bevisbyrden
- Beviskravet (+ kvalifisert flertall i jury)

- Hva er så straffeprosessens formål?
 - Å unngå at uskyldige blir dømt?
 - Å sikre at skyldige blir straffet?
 - Å dokumentere «sannheten»?

- Sml. *straffens* formål (fremme disse)
 - Almenprevensjon (reell straffetrussel)
 - Individualprevensjon (riktig reaksjon)
 - Bevare rettssamfunnet (solid prosess)
 - Fremme forsoning (fordrer tillit)

RETTSKILDEBILDET I STRAFFEPROSESSEN

- Straffeprosessloven av 1981

- Påtaleinstruksen

- Strpl. § 4:

§ 4. Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.

SP og EMK

- SP (global)
- EMK (regional – Europa)
 - Inneholder en rekke *minstekrav* til statenes straffeprosess
 - Monisme vs. dualisme

- Hva menes med § 4? (Opprinnelig mening?)
 - Forarbeidene (1957-81) nevner knapt menneskerettighetene (EMK og SP)
 - Hvorfor ikke?
- Hva innebærer § 4?
- Sml. presumsjonsprinsippet

Menneskerettsloven (1999):

§ 2. Følgende konvensjoner skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge:

1. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter [EMK]
2. ...
3. FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter [SP]
4. ...

- Mht. EMK - *hva* er Norge bundet av?
 - EMK som *tolket* av EMD?
 - EMD foretar ganske *dynamiske* tolkninger
 - Hva skal til for at norske domstoler skal legge en dom til grunn?



- Rt. 1994 s. 610 («Bølgepappkjennelsen»)

– Klarhetsprinsippet:

«For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis.»

- Innholdet i forutsetningen var vagt
 - Hva mentes med en «tilstrekkelig klar og entydig» regel?
 - Nokså skjønnsmessige vurdering ...

- I Rt. 1999 s. 961 uttalte førstvoterende i sitt *obiter dictum*:

«Staten har anført at det må være et vilkår for at A skal kunne fritas fra å stille sikkerhet for saksomkostningene på grunnlag av EMK, at den regel som følger av EMK, er tilstrekkelig klar og entydig. Dette er jeg ikke enig i. Etter menneskerettsloven § 2 gjelder blant annet EMK «som norsk lov», og etter § 3 skal bestemmelser i de konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2, ved motstrid «gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

- Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen; plenum):
modifiserer klarhetskravet

Skatteyder var ilagt tilleggsskatt for forsettlig skatteunndragelse etter ligningsloven.

Spørsmålet var dels om tilleggsskatt er å anse som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1.

«Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkingresultat som følger av EMK, fremstår som *rimelig klart*, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.»



«I mange tilfeller kan det imidlertid være begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås. Dette kan for eksempel skyldes at flere av bestemmelsene i EMK er vage, og at det ved tolkingen av konvensjonen må foretas en avveining av ulike interesser eller verdier ut fra en felleseuropeisk rettsoppfatning eller praksis.»

«Ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis.»

- Rt 2002 s. 557: Klarhetsprinsippet forlates
 - Ikke et vilkår at tolkningen av den inkorporerte regelen må være «rimelig klar» for at den skal gå foran motstridende intern rett.
 - Folkeretten kan ikke avfeies fordi den ikke er tilstrekkelig klar. Domstolene må tolke folkeretten og de motstridende internrettslige reglene, og dernest avklare de motstrids-/harmoniserings-spørsmål som oppstår.

- Likevel: Folkerettslige bestemmelseres klarhet er ikke uten betydning for deres gjennomslagskraft i intern rett
- Klare og entydige konvensjonsbestemmelser vil ha større rettskildemessig tyngde i forhold til motstridende internrettslige bestemmelser, enn vage og flertydige bestemmelser

- Norske domstoler må altså legge den folkerettslige normen til grunn i saken, også om det fører til tilsidesettelse av norsk lov eller innarbeidet praksis
- Nettopp *det* er realiteten i at folkeretten har forrang (jf. strpl. § 4 og MR-loven)

- Høyesterett har også klart uttalt at norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal nytte de samme *tolkningsprinsipper* som EMD
- Høyesterett skal være lojal mot den tolking EMD til enhver tid foretar av konvensjonen, også der EMD tolker konvensjonen *dynamisk*

- Rettspolitiske grunner til å legge EMDs tolkninger av EMK til grunn
 - EMD-dommerne er svært kompetente
 - Saken kan uansett til sist havne i EMD
 - Menneskerettighetene er «universelle»
 - Begrepet «rettsliggjøring»...

- Men skal norske domstoler *selv* være like dynamiske som EMD?
- Å videreutvikle menneskerettighetene ikke en oppgave for norske domstoler?
- Forholdet til Stortinget
- Forholdet til EMD

- Har vært hevdet at Høyesterett ikke alltid er like tro mot begrensningen om ikke (selv) å bedrive dynamisk tolkning

I. L. Backer, «Om Høyesteretts forhold til Den Europeiske Menneskerettskonvensjon», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2005 s. 425.

I Rt. 2000 s. 996 var det snakk om å gi siktede et sterkere vern enn EMK ga. HR uttalte:

«... man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller *går lenger enn* det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår *statsskikk* bygger på, vil dette kunne være uheldig.»



«På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen.»

- Kriteriet var altså *strengere* enn de kriterier EMD hadde oppstilt, og HR hadde ikke *konstitusjonell kompetanse* til på et lovregulert område å oppstille mer omfattende begrensninger enn dem som følger av EMDs praksis.
- Det var i så fall en *lovgiveroppgave*

- Lovgiver kan i teorien endre MR-loven (den har ikke grunnlovs rang)
- Men det er lite sannsynlig
- Vi skal drøfte betydningen av EMD-praksis bl.a. i forbindelse med opplesning av tidligere avgitt forklaring under hovedforhandlingen

GANGEN I EN STRAFFESAK

- Etterforskning
- Tiltale
- Forberedelse til hovedforhandling
- Hovedforhandling
- Dom
- Rettsmidler
- Gjenåpning

- Etterforskning
 - Starter typisk med en anmeldelse
 - Eller politiet oppdager et forhold
 - Skal gi politiet materiale for å avgjøre tiltalespørsmålet



§ 224. Etterforsking foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.

§ 226. Formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for

- a. å avgjøre spørsmålet om tiltale,
- b. å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon,
- c. å avverge eller stanse straffbare handlinger,

...

- Politiet er hovedaktør
- I noen land: Etterforskningsdommer
- Utenrettslig etterforskning
- Rettslig etterforskning (tvangsmidler)
- Reguleres i straffeprosessloven + påtaleinstruksen

- Tiltale

- Politiet tar stilling på grunnlag av etterforskningen

- Hva skal til?

§ 249. Spørsmålet om tiltale skal avgjøres så snart saken er tilstrekkelig forberedt til det.

- Politiet kan henlegge saken hvis:
 - Ingen bestemt mistenkt
 - Bevisene ikke sterke nok
 - Andre grunner

Påtaleunndlatelse hvis overveiende grunner:

§ 69. Selv om straffeskyld anses bevist, kan påtale unnlates såfremt slike særlige forhold er til stede at påtalemyndigheten etter en samlet vurdering finner at overveiende grunner taler for ikke å påtale handlingen.

§ 255. Finner påtalemyndigheten at en sak bør avgjøres med bot eller inndragning, eller begge deler, kan den utferdige forelegg i stedet for å reise tiltale

§ 248. Etter begjæring fra påtalemyndigheten og med siktedes samtykke kan tingretten pådømme en sak uten tiltalebeslutning og hovedforhandling (tilståelsesdom), når retten ikke finner det betenkelig og saken gjelder ...

- Tiltalebeslutning

- Hvem avgjør tiltalespørsmålet - strpl. § 67

- Statsadvokaten ved alvorlig forbrytelse

- Politimester/annen politijurist ved mindre alvorlig forbrytelse

(Nærmere om påtalekompetansen nedenfor)

- Hovedforhandlingen

§ 305. Ved avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er ført under hovedforhandlingen.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet

- Dokumenter må leses opp
- Vitner må avhøres under hovedforhandlingen
- Også andre bevis; forklaring fra tiltalte, sakkyndige
- Gjelder bare hovedforhandlingen; i fengslings sak kan dommeren bygge på dokumenter

- Dommen
 - Etter hovedforhandlingen
 - Saken tas opp til doms
 - Rådslaging mellom dommerne

- Enklere behandling altså ved:
 - Forelegg
 - Tilståelsesdom

- Rettsmidler
 - Dommen kan angripes ved rettsmidler
 - 1993: Innføring av toinstansordning
 - Begrenset ankeadgang til Høyesterett

§ 307. Den som er frifunnet, kan ikke anke med mindre retten har funnet bevist at han har foretatt den rettsstridige handling tiltalen gjelder

- f.eks. frifinnelse pga. foreldelse

§ 310. Fristen for anke er to uker fra den dag dommen er avsagt. Siktede må innen samme frist angi om det begjæres ny behandling av krav som nevnt i § 3

- Reglene om rettsmidler drøftes nærmere nedenfor

- Gjenåpning
 - Ny prøvelse ved en annen domstol av samme orden
 - Bare ved nye bevis
 - Gjenopptakelseskommisjonen

- «Kjæremål» kalles nå «anke»
- Til overordnet domstol
- Enklere behandling enn ved anke over dom
- Høyesteretts ankeutvalg

HVILKE SAKER BEHANDLES ETTER STRAFFEPROSESSLOVEN?

§ 1. Saker om straff behandles etter reglene i denne lov når ikke annet følger av lovgivningen ellers.

- Avgjørende hva loven kaller «straff»

- Ikke disiplinærstraff som ilegges administrativt
- Ikke tilleggsskatt (men i forhold til ”dobbelutfølgning”; behandles nærmere nedenfor)

- Også noen andre krav som ikke er «straff»

§ 2. Etter reglene i denne lov behandles også, uten hensyn til om det samtidig blir nedlagt påstand om straff:

- 1) sak om overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39 eller tvungen omsorg etter straffeloven § 39 a,
- 2) offentlig sak om inndragning, herunder spørsmål om tredjepersons rettigheter i formuesgoder som saken gjelder,



3) sak hvor ærekrenkelse påstås erklært død og maktesløs,

4) sak om tap av retten til å føre motorvogn mv. for en bestemt tid eller for alltid, jf. vegtrafikkloven § 24 a annet ledd, § 33 nr. 1 og 2, jf. nr. 6, og § 35 første ledd. Det samme gjelder sak om tap av retten til å drive persontransport mot vederlag (kjøreseddel).

- Prejudisielle spørsmål
 - Eks: Tiltale for bigami; var tiltalte gift fra før?
 - Ikke nødvendig med egen sivil sak
 - Ikke bindende for fremtidige saker
 - § 17: Retten kan utsette straffesaken i påvente av sivil sak (for å unngå misbruk)

PARTENE I STRAFFEPROSESSEN

- Anklageprosess (to parter med dommeren som mellommann)
- Inkvisitorisk prosess (dommeren etterforsker selv)
- Norge: Anklageprinsippet (objektiv dommer) med inkvisitoriske innslag

§ 63. Domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake.

- Domstolene skal ikke ta initiativ til straffeforfølgning (*nemo iudex sine actore*)
- Eks. retten kan ikke på eget initiativ beslutte forlenget varetekt
- Dog: § 38 – retten bare bundet av forholdet

- Bevisførselen: Primært partenes ansvar, men retten har et selvstendig ansvar:

§ 294. Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen

Sml. tilståelsesdom i *Common law* og *civil law*

PÅTALEMYNDIGHETEN

- Bygget opp som et hierarki
 - Kongen
 - Riksadvokat
 - Statsadvokat
 - Politiet

- Kompetansen fordelt etter sakens viktighet
- Rett myndighet? = typisk eksamensspørsmål
- Overordnet *instans* kan omgjøre underordnet beslutning

- Påtalemyndighetens oppgaver
 - Lede etterforskningen (begjære tvangsmidler)
 - Avgjøre tiltalespørsmålet
 - Opptre som aktor
 - Bruke rettsmidler
 - Beordre fullbyrdelse av dom

- Påtalemyndigheten skal også ivareta *siktedes interesse*

§ 226 (tredje ledd) Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskingen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.

- Sml. Kongo-saken 2014...

- Kongen
 - Straffbare handlinger av embetsmenn og andre tjenestemenn tilsatt av Kongen (§64 første ledd)
 - Påtaleunndlatelse når 21 år er aktuelt (§64 andre l.)
 - Ærekrenkelses mot kongehuset
 - Universaljurisdiksjon (endring i 2005-loven)

- Riksadvokaten

§ 56. Riksadvokaten er embetsmann. Han må ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. I forhold til regelen i Grunnloven § 22 betraktes han som overøvrighet. Domstolsloven § 235 gjelder tilsvarende.

Riksadvokaten har den overordnede ledelse av påtalemyndigheten. Bare Kongen i statsråd kan utferdige alminnelige regler og gi bindende pålegg om utføringen av hans verv.

...

§ 65. Hvis det ikke er Kongen i statsråd som skal gjøre vedtaket, avgjør riksadvokaten spørsmålet om tiltale når det gjelder:

- inntil 21 år [hvorfor er lengste straff 21 år?]
- forbrytelser mot staten, forfatningen
- forbrytelser ved trykt skrift eller i kringkastingssending

- Statsadvokatene

§ 66. Statsadvokaten avgjør spørsmålet om tiltale i saker om forbrytelser når det ikke hører under Kongen i statsråd, Riksadvokaten eller politiet.

- Politiet

§ 67. Politiet kan *etterforske og reise siktelse i alle saker*, herunder begjære rettens avgjørelse om bruk av tvangsmidler etter kap 14-17 og anke slike avgjørelser.

- En praktisk nødvendig regel

§ 67 annet ledd. Hvis ikke annet er bestemt i loven her, avgjør politiet spørsmålet om *tiltale* i saker om

- a) forseelser,

- b) forbrytelser med maksstaff ett år, unntatt
 - mot offentlig myndighet
 - godtrobruk av falske penger
 - samleie mellom søsken
 - uaktsom legemsbeskadigelse



c)

- bevæpnet innbrudd
- mindre narkoforbrytelser
- diverse dokumentfalsk
- diverse legemsfornærmelser
- underslag/tyveri
- bilbrukstyveri
- bedrageri
- regnskapskriminalitet
- grovt skadeverk
- diverse heleri

d) diverse forbrytelser mot:

- militær straffelov
- lov om toll og vareførsel
- merverdiavgiftsloven
- ligningsloven
- utlendingsloven
- regnskapsloven
- bokføringsloven

- *Påtalemyndigheten* i politiet er:
 - Politimester
 - Politiinspektører
 - Politiadvokater
 - Politifullmektiger

- Altså: Skille mellom jurister og ikke-jurister
- De fleste i politiet hører ikke til påtalemyndigheten (de har *politimyndighet*)

- Påtaleinstruksen § 17-1: Politiet kan henlegge saker hvor det "ikke er grunnlag for å fortsette en påbegynt etterforskning"
- Politiet tar stilling til om "allmenne hensyn" foreligger der det er et slikt krav for påtale
- Politiets avgjørelser kan påklages til overordnet påtalemyndighet

- Sak reist av inkompetent påtalemyndighet:

- Skal avvises av retten *ex officio*:

§ 81. Retten prøver av eget tiltak om den som forfølger saken, har påtalerett.

- Feilen kan avhjelpest før dom er avsagt
- Må være en *reell og overveid* beslutning
(kan f.eks. få forklart saksforhold per telefon)

Rt. 1970 s. 833:

Tiltale etter dyrevernsloven reist av inkompetent påtalemyndighet. Først etter hovedforhandling, men før domsavsigelsen, hadde statsadvokaten fått seg forelagt saken pr. telefon. Han tiltrådte forelegget og samtykket i at saken ble fremmet uten at han hadde sett sakens dokumenter.

Høyesterett: En forutsetning for at feilen skulle kunne repareres på dette tidspunkt var at statsadvokaten traff en «reell og overveiet avgjørelse».

«[D]en foreliggende sak [er] etter min mening er såpass grei og oversiktlig at det ikke kunne volde statsadvokaten syndelige vanskeligheter å ta stilling til påtalespørsmålet selv om saken ble foredratt for ham muntlig over telefon.»

- Habilitetsregler

§ 60. En tjenestemann som hører til påtalemyndigheten eller handler på vegne av denne, er ugild når han står i et forhold til saken som nevnt i domstolsloven § 106 nr. 1-5.

[Bl.a. part, slektskap, ektefelle mv., verge, styremedlem mv., slektskap mv. med fornærmede, har vært dommer/lagrettemedlem i underinstans]



Han er også ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Særlig gjelder dette når ugildhetsinnsigelse er reist av en part.

- Taushetsplikt

§ 61a. Enhver som er ansatt i eller utfører tjeneste eller arbeid for politiet eller påtalemyndigheten, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i straffesaker får vite om:

- 1) noens personlige forhold, eller
- 2) tekniske innretninger og framgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.

- Unntak fra taushetsplikten bl.a. for:
 - sakens parter, fornærmede, etterlatte, og dem som opplysningene direkte gjelder
 - bruk i etterforskning, saksforberedelse og selve straffesaken

Taushetsplikten også for andre opplysninger som det ut fra hensynet til etterforskningen i den enkelte sak er nødvendig å holde hemmelig.

Taushetsplikten også avsluttet tjeneste/arbeid. Heller ikke utnytte opplysningene i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre.

SIKTEDE

- mistenkt → siktet → tiltalt → domfelt
- Fulle partsrettigheter først som siktet
- Når blir man siktet?

- Kan siktes i ord eller gjerning:

§ 82. Den mistenkte får stilling som siktet når påtalemyndigheten har *erklært* ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er *besluttet eller foretatt* pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham.

En mistenkt får ikke stilling som siktet ved tvangsmiddel når:

- det ikke skal gis underretning om middelet
- det er besluttet utsatt underretning
- ved skjult etterforskning når påtalemyndigheten begjærer nekting av innsyn



I forhold til bestemmelsene i kapittel 31
[erstatning i anledning av forfølgning] får en
mistenkt som nevnt i første og annet punktum
likevel stilling som siktet

§ 444. Med mindre noe annet følger av § 446, har en siktet rett til erstatning av staten for økonomisk tap som forfølgningen har påført ham [dersom]

- han blir frifunnet,

- forfølgningen mot ham blir innstilt

- han har vært pågrepet eller fengslet i strid med EMK art. 5 eller SP art. 9.

§ 446. Erstatningen etter §§ 444 til 445 skal settes ned eller falle bort dersom siktede uten rimelig grunn

a) har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg eller har motvirket opplysning av saken,

...

- Siktedes *rettigheter*:
 - Varsles til rettsmøtene
 - Gjøres kjent med anklagene
 - Rett til å ta til motmæle



- Rett til å føre bevis
- Rett til å nedlegge påstander
- Rett til å bruke rettsmidler

- Siktedes *plikter*:

§ 85: må møte i retten

§§ 87-88: kan pågripes og fremstilles



– Ingen *forklaringsplikt* (mots.: mistenkt/vitne)

§ 90. Første gang siktede møter for retten, skal han spørres om navn, fødselsår og -dag, stilling og bopel, og gjøres kjent med siktelsen og at han ikke har plikt til å forklare seg.

- også innfortolket i EMK art. 6
(vern mot tvungen selvinkriminering)

- Ikke straffbart for siktede å gi *falsk forklaring*

Strl. § 163 - falsk forklaring i retten

Strl. § 166 – falsk forklaring i politiavhør

Strl. § 167(1). Straf efter §§ 163 og 166 kommer ikke til Anvendelse paa den, der som sigtet for en strafbar Handling har afgivet falsk Forklaring.

Rt. 1982 s. 173 - Rekkevidden av strl. § 167 (1):

Den 20. januar 1978 deltok fem av Oslopolitiets patruljevogner i en jakt på to biltyver. Ved Skar i Maridalen ble de to pågrepet. Ved pågripelsen ble begge skadet, bl.a. brudd på kjevebenet og brudd på kravebenet.

Uklart hvem av de ti polititjenestemennene som hadde påført skaden.

Tre polititjenestemenn ble tiltalt etter strl. § 228 første og annet ledd. Oslo byrett frifant alle tre; to pga. manglende bevis:



«[D]et har hele tiden i større eller mindre grad vært holdt tilbake opplysninger fra de impliserte. Det er hevet over tvil at det også under den endelige hovedforhandling er gitt uriktige forklaringer fra vitner. Noen vitner har opplyst at det var en stilltiende overenskomst å tåkelegge saken, mens andre har forklart at man vegret seg for å legge alle kort på bordet for å gi de skyldige anledning til selv å fortelle hva de hadde gjort.»

Statsadvokaten reiste tiltale mot samtlige ti for overtredelse av strl. §166; *falsk forklaring*.

Oslo byrett frifant samtlige ti; fem etter strl. §167(1), som gir straffrihet for den som forklarer seg «som sigtet for en strafbar Handling».

Påtalemyndigheten anket frifinnelsen til Høyesterett

- Var politimennene å betrakte som "sigtet for en strafbar Handling", jf. Strl. § 167(1) ?

Høyesterett uttalte:

«Etter min mening er det ikke av nødvendighet noe vilkår for straffrihet etter strl. §167 første ledd at det foreligger en siktelse i den betydning straffeprosessloven bruker begrepet. En slik forståelse kan vanskelig forankres i lovgrunnen for straffrihetsregelen [...].»



”Også en mistenkt kan etter omstendighetene være i en tvangssituasjon hvor valget er å avgi en forklaring som kan pådra ham straffansvar eller å avgi en falsk forklaring.»

«Etter min mening [kunne] ingen av de anmeldte [...] anses som 'siktet' i relasjon til nevnte regel. Anmeldelsene og de sparsomme opplysninger som ellers forelå kunne ikke gi noe grunnlag for å utpeke en eller enkelte av aksjonsdeltakerne som mulige skyldige.»



”Mistanken var i så henseende helt ubestemt. [Jeg vil] for øvrig tilføye at ingen av dem ankesaken omfatter, er tiltalt for å ha forklart seg uriktig om eget forhold under pågripelsen. Tiltalen gjelder fortielse av, og uriktige opplysninger om de andre polititjenestemennenes forhold ved aksjonen i Maridalen.”



«Regelen i §167(1) kan – slik jeg forstår bestemmelsen – ikke hjemle straffrihet for en 'siktets' falske forklaring om andre personers forhold ved en nærmere angitt anledning.»

Rt. 1985 s. 7:

Tidligere straffet 27-årig mann ble idømt 21 dager betinget fengsel for forbrytelse mot strl. § 166(1). Da han sammen med en annen ble funnet sovende og påvirket i en flyttebil, forklarte han seg uriktig om hvem som hadde kjørt. Han gjorde forgjeves gjeldende at han måtte nyte godt av den straffrihet som reglene i strl. § 167(1), tilsikrer en 'siktet'.

«Det er i rettspraksis forutsatt at begrepet 'siktet' i strl. §167(1) etter omstendighetene kan ha en noe videre rekkevidde enn det tilsvarende begrep i strpl. § 97, jfr. Rt 1982 s. 173. Selv ved en utvidet fortolking av begrepet, finner jeg likevel at tiltalte i denne sak ikke kunne anses som 'siktet' da han avgav den uriktige forklaring for lensmannsbetjentene.»



”Enhver som er utsatt for mistanke for en straffbar handling, kan ikke i forbindelse med et utenrettslig avhør anses som ‘siktet’ i relasjon til §167(1).»



«På det tidspunkt da tiltalte avgav den uriktige forklaring for lensmannsbetjentene, var saksforholdet så lite avklaret at forfølgningen ikke kunne anses å være rettet mot denne tiltalte.»

Rt. 2011 s. 800:

Hordaland politidistrikt ba 15 selskaper om å få utlevert en rekke forretningsdokumenter i forbindelse med en etterforskning.

Saken gjaldt et pålegg til selskaper om å utlevere bevis og om forbudet mot selvinkriminering i EMK art. 6 også gjelder for juridiske personer.

«I vår sak er det sentrale spørsmål om juridiske personer har vern mot selvinkriminering etter EMK art. 6.

...

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har avsagt mange dommer om juridiske personers rettigheter, blant annet i saker om ytringsfrihet og eiendomsrett.”



”Det foreligger også flere slike avgjørelser vedrørende EMK art. 6 om rettferdig rettergang. Ingen av dem har fastslått uttrykkelig at vernet mot selvinkriminering gjelder for juridiske personer.»



«Ved den videre vurdering etter art. 6 er det naturlig å se hen til hvilke hensyn vernet mot selvinkriminering skal ivareta.»



«[S]elv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om enn gradforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering.

Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet.»



«Når jeg etter dette skal sammenfatte rettsstillingen, må utgangspunktet være at art. 6 ikke bare gjelder for enkeltpersoner, men også for juridiske personer, med mindre det foreligger holdepunkter for å gjøre unntak. Det gjør det ikke her.»

- Også status som «siktet» når en vanlig polititjenestemann anvender tvangsmiddel på egen hånd:

§ 176. Når det er fare ved opphold, kan politimann foreta pågripelse uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten.

- Tidligere hadde § 82 ingen bestemmelse om at hemmelig telefonkontroll ikke ga status som «siktet». Dermed hadde vedkommende et sett av rettigheter som bare eksisterte *på papiret*. Loven BLE endret i 1992.
- I 1999 presisert at man likevel er å anse som siktet mht. kap. 31 om erstatning i anledning forfølgningen.

- Hva med en etterforskning som er rettet mot en *bestemt mistenkt*, uten at politiet tar ut siktelse eller vil anvende tvangsmidler?
- Går en slik mistenkt glipp av rettighetene han ville hatt som «siktet»?

- Rt. 1985 s. 1258:

Før domfelte formelt var siktet, ble det avholdt bevisopptak i Belgia uten at forsvarer var oppnevnt og uten at vedkommende var varslet. Spørsmål om forsvarer skulle ha vært oppnevnt under bevisopptaket.

«Jeg antar at domfelte da bevisopptaket ble holdt, måtte anses som siktet, selv om formell siktelse først forelå på et langt senere tidspunkt. Jeg er kommet til dette resultat etter en totalbedømmelse av situasjonen. Ved begjæringen om bevisopptak må rettsforfølgningen i slik grad sies å være rettet mot domfelte at det var behov for at han får de rettigheter som stillingen som siktet gir, ...»

Sondringen mellom mistenkt og siktet er noe mindre viktig enn før:

§ 241. En mistenkt som det pågår etterforsking mot, kan hos retten begjære foretatt rettergangsskritt til avkreftelse av mistanken. Det samme gjelder når etterforskingen er innstilt på grunn av bevisets stilling.



§ 242. Mistenkte, hans forsvarer, fornærmede, etterlatte i lovbestemt rekkefølge og bistandsadvokaten skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskingens øyemed eller for tredjemann. [...]

- Grensen for hvor man skal trekke grensen før en person er å anse som «mistenkt» er ikke skarpt trukket.
- Påtalemyndighet og domstol må trekke grensen nokså skjønnsmessig ut ifra reelle hensyn.
- Dette betyr at grensen kan bli trukket ulikt i ulike henseender.

FORSVAREREN

- Selv om påtalemyndigheten (og naturligvis domstolen) skal være objektiv, er det behov for en forsvarer
- Siktete har rett til forsvarer og *skal* noen ganger ha det
- Nødvendig for at det skal bli en *reell partsprosess*

§ 94. Siktede har rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken. Dette skal han gjøres kjent med. Retten kan tillate at siktede lar forsvaret utføre av flere.

- Retten gjelder *uansett sakens alvor*

Påtaleinstr. § 8-1. *Opplysninger som skal gis ved avhør*

[...]

Mistenkte skal dessuten gjøres kjent med at han har rett til å la seg bistå av forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, herunder ved politiets avhør av ham. Siktede bør spørres om *hvem han ønsker* oppnevnt som sin offentlige forsvarer når han har krav på slik forsvarer.

§ 95. Som forsvarere ved Høyesterett brukes advokater med rett til å føre saker for Høyesterett.

Ved de øvrige domstoler kan enhver advokat være forsvarer. Med særskilt tillatelse av retten kan en annen skikket person gjøre tjeneste.



Ved alle domstoler kan en utenlandsk advokat være forsvarer når retten etter sakens art og forholdene ellers finner det ubetenkelig.

For flere siktede som har motstridende interesser, kan ikke samme person være forsvarer.

Rt. 2005 s. 965:

Domfelte ønsket litauisk advokat i ankesaken for lagmannsretten.

«Det framgår ikke av advokat Manzurovas henvendelser til lagmannsretten hvilket *språk* advokaten vil bruke under saksforberedelsen og ankeforhandlingen, og hvilket *kjennskap* han har til norsk strafferett og straffeprosess. En oppnevning av advokat Manzurova som forsvarer vil derfor være betenkelig etter strpl. § 95 tredje ledd [...].»

§ 96. Under hovedforhandling skal siktede ha forsvarer.

...

Retten kan unnlate å oppnevne forsvarer dersom den finner det ubetenkelig og siktede uttrykkelig gir avkall på forsvarer.

...

Er det grunn til å anta at siktede er i en tilstand som nevnt i straffeloven § 44, skal han ha forsvarer på ethvert trinn av saken.

- Unntak for:
 - Promillekjøring og etterfølgende alkoholnyttelse
 - Hovedforhandling etter ikke-vedtatt forelegg

- Sak som bare gjelder inndragning
- Uforbeholden tilståelse i retten uten tilståelsesdom (fordi siktede ikke samtykker)
- Ubetenkelig og siktede gir uttrykkelig avkall

§ 97. Når siktede skal ha forsvarer under hovedforhandlingen, skal han også ha det ved bevisopptak *til bruk for denne*, om ikke retten finner det ubetenkelig å fremme bevisopptaket uten forsvarer.

- Pågripelses- og fengslingssaker:

§ 98. Er siktede pågrepet, skal han så vidt mulig ha forsvarer straks det er klart at han ikke vil bli løslatt innen 24 timer etter pågripelsen. Det samme gjelder siktede som var under 18 år på handlingstidspunktet, dersom det er klart at han ikke vil bli løslatt innen 12 timer etter pågripelsen.



Siktede skal så vidt mulig ha forsvarer i det rettsmøte som holdes til avgjørelse av spørsmålet om varetektsfengsling. Han skal ha forsvarer så lenge han er fengslet. Oppnevning kan unnlates om retten finner dette ubetenkelig og siktede uttrykkelig gir avkall på forsvarer.

- Advokat ved hemmelig etterforskning

§ 100a. Når retten behandler en sak etter §§ 200 a, 202 c, 202 e, 208 a, 210 a, 210 c, 216 a, 216 b, 216 m, 242 a, 264 sjette ledd, 267 første ledd tredje punktum eller § 292 a, skal den straks oppnevne offentlig advokat for den mistenkte. Advokat skal oppnevnes selv om den mistenkte allerede har forsvarer.

Advokaten skal vareta den mistenktes interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen. Advokaten skal gjøres kjent med begjæringen og grunnlaget for den, har etter anmodning krav på innsyn i sakens dokumenter med de begrensninger som følger [...]



Advokaten må ikke sette seg i forbindelse med den mistenkte. [...]

Retten kan ved kjennelse beslutte at en advokat som er oppnevnt etter denne bestemmelsen, ikke kan opptre som forsvarer senere i saken.

Rt. 2001 s. 212:

Advokat A var oppnevnt som offentlig advokat etter strpl. § 100a i forbindelse med kommunikasjonskontroll overfor en mistenkt. [Tingretten] besluttet at advokat A ikke senere kunne gjøre tjeneste som forsvarer for den mistenkte i en [påfølgende straffesak].



Tingretten viste til at advokat A ikke kunne

«gjøre tjeneste som forsvarer i saken så lenge siktede er nektet adgang til dokumenter/opplysninger som er fremkommet gjennom kommunikasjonskontroll».

Lagmannsretten:

«Det er en forutsetning at den særskilte advokaten ikke skal opptre som forsvarer for noen av de siktede i samme saksomkompleks, heller ikke på et senere stadium. [...]»



”Den rettsoppfatning som kjæremålet bygger på, at det er advokaten som selv skal avgjøre om han bør oppnevnes som forsvarer, er således etter lagmannsrettens oppfatning ikke riktig og kjæremålet blir å forkaste. Den begrensning i det frie forsvarervalg som dette innebærer, anses ikke å være i strid med EMK art. 6 nr. 1 om ‘rettferdig rettergang’ [...].»

Høyesteretts kjæremålsutvalg viste til:

- hensynet til forholdet mellom forsvareren og mistenkte
- hensynet til å unngå lekkasje av sensitive opplysninger

- Fritt forsvarervalg

§ 102. Forsvarer for den enkelte sak eller det enkelte rettsmøte oppnevnes av retten. [...] Har siktede fremsatt ønske om en bestemt forsvarer, skal denne oppnevnes. En annen forsvarer kan likevel oppnevnes dersom oppnevningen av den ønskede forsvareren vil føre til forsinkelse av betydning for saken,



herunder til overskridelse av fristen for å avholde hovedforhandling i § 275 annet ledd annet punktum. Det samme gjelder dersom forholdene ellers gjør det utilrådelig å oppnevne forsvareren.

- Spenningsforhold mellom fritt forsvarervalg og det offentliges interesse i rask saksbehandling.
- Mange vil ha «kjendisadvokat»
- Disse er gjerne fryktelig opptatte
- Hvor mye forsinkelse kan aksepteres?

Rt. 2004 s. 950 (ønsket Elden):

«Lovendringen i 2002 medførte altså at det skal mindre til før hensynet til det frie forsvarervalg må vike for hensynet til en raskere avvikling av straffesakene. Den rettssikkerhet som ligger i en generell effektivisering av strafferettspleien er av lovgiveren gitt en noe tyngre vekt enn tidligere.»



«[I] praksis [har] forsinkelser fra seks uker til to måneder gitt grunnlag for å oppnevne en annen forsvarer enn den siktede ønsker. Vanligvis vil det være et moment for å beholde en forsvarer siktede ønsker, at forsvareren har opptrådt for siktede ved behandlingen av saken i en tidligere rettsinstans. [...] Tingretten oppnevnte advokat Elden først etter at dom var avsagt.»



«På den annen side er det frie forsvarervalg et sentralt prinsipp i vår rettspleie. Og i dette tilfellet aksepterte domfelte, som sitter i varetekt, den forsinkelse som oppfyllelsen av hans ønske ville medføre. Det var heller ingen medtiltalte som ble rammet av en forsinkelse. For domfelte var det en alvorlig sak, der mye sto på spill, og det var ingen fornærmede som ble skadelidende ved forsinkelsen.»



«Jeg vil likevel bemerke at også hensynet til pårørende kommer inn her. Og i de alvorligste straffesakene – drapssakene – vil det nødvendigvis ikke opptre noen fornærmet. Dette kan vanskelig være noe moment som svekker betydningen av en rask avvikling av disse sakene.»



«Jeg bemerker i den forbindelse at det har vært sett som et særlig problem at den samlede saksbehandlingstid vanligvis har vært – og fortsatt er – så vidt lang i drapssakene.»



”Jeg har funnet avveiningen av momentene vanskelig, men er blitt stående ved at lagmannsretten ikke har begått noen saksbehandlingsfeil da ankeforhandlingen ble berammet innen den lovfastsatte frist og med den følge at advokat Elden måtte erstattes av en ny forsvarer.»

- Hvor langt kan forsvareren gå i forsvaret?
 - Advokatforskriften inneholder etiske regler
 - Hva hvis siktede *tilstår* overfor forsvareren?
 - Skal han prosedere mot bedre vitende?
 - Skal han trekke seg?

- Forsvareren kan fortsatt påstå frifinnelse under henvisning til at påtalemyndigheten ikke har oppfylt bevisbyrden
- Kan forsvareren drive «privat etterforskning» (*amerikanske* tilstander)?
- Og kan slike utgifter kreves dekket?

Rt. 1999 s. 1598 (fra lagmannsretten):

«I forhold til nødvendig tidsforbruk vil lagmannsretten bemerke at Tore Sandberg AS synes å ha manglet evnen til nødvendig kritisk vurdering av behovet for ulike tiltak. En rekke 'spor' synes forfulgt langt ut over hva en med rimelighet kan forvente at det offentlige vil kunne dekke. Mye av arbeidet har ikke vært egnet til å kaste lys over saken og ikke hatt mulighet for å kunne føre fram. En vesentlig del av arbeidet har vært unødvendig.» →

«Mange timer synes videre medgått, og likeledes blitt fakturert fullt ut, med bakgrunn i at det engasjerte selskap, Tore Sandberg AS v/ Tore Sandberg, har manglet tilstrekkelig godt kjennskap til rettsregler og rettspraksis innenfor det fagfelt hvorved han har påtatt seg oppdraget. Dette inntrykk har lagmannsretten fått bestyrket ved vitneforklaringen til Tore Sandberg.»

→ *Deler* av utgiftene ble dekket etter strpl. §444

- Forsvareren må kunne konferere med vitner på egen hånd, så lenge disse ikke påvirkes utilbørlig
- Kan forsvareren råde siktede til å påberope seg retten til å tie?



- Forsvareren må kunne gjøre det, men det *kan* være et dårlig råd:

§93 annet ledd. Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham.

- Hvis forsvareren gjennom egne undersøkelser avdekker forhold som taler til siktedes ugunst
 - Kan slike forhold forties? Antatt at de kan.
 - Forholdet forsvarer – klient kan ellers skades

- Sammenlikn påtalemyndighetens omgang med opplysninger til siktedes gunst §226(3):

Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskingen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.

- Kan forsvareren nedlegge påstand mot siktedes ønske?
- Ikke hvis siktede nekter straffeskyld
- Men: Hvis siktede erklærer seg skyldig



- Den offentlige forsvarer skal ivareta samfunnets interesse i at ingen uskyldig blir dømt og at alt som taler til tiltaltes fordel, kommer frem i saken.
- Tiltalte kan derfor ikke instruere den offentlige forsvarer, som f.eks. kan prosedere på at det ikke er ført bevis for tiltaltes skyld selv om tiltalte har tilstått.

- Jf. stjerneadvokat Alf Nordhus i *Hollekim-*saken (1965) der tiltalte ble frikjent:

Sigurd Hollekim tilsto, men Nordhus gikk imot sin klient, og hevdet at han ikke fikk saken til å stemme. Han mente at det lå i Sigurd Hollekims natur å påta seg all skyld. Han fortalte at i de møtene han hadde med den tiltalte i Bergen kretsfengsel hadde Hollekim aldri vært opptatt av sin egen skjebne, bare av kona og barna. →

- Sigurd Hollekim var sterkt religiøs, og Nordhus mente at han hadde levd seg inn i en «Jesusrolle», og at tilståelsen måtte sees i denne sammenheng.
- På trappen utenfor tinghuset kom Hollekim med en ny tilståelse til Nordhus: «Jeg har ingen penger å betale deg med!»
- «Ingen grunn til å føle dårlig samvittighet for det», svarte Nordhus.

- Nordhus fikk blomster av Hollekim etter frifinnelsen. På kortet fra Hollekim sto det:

«Takknemlig for sakens utfall som skyldes fantastisk forsvarsinnsats, føler trang til å sende en liten hilsen og velger da å si det med blomster!»

- Kan forsvareren gå imot siktedes standpunkt i tilregnelighetsspørsmålet?

- Fra 22. juli-saken:

”Forsvaret har anført at beviskravet må senkes ned mot sannsynlighetsovervekt dersom tiltalte, slik tilfellet er i denne saken, selv ønsker å bli kjent tilregnelig. Retten har vanskelig for å se at det ved håndhevelsen av et pønalt sanksjonssystem kan legges vekt på tiltaltes eget ønske vedrørende skyldspørsmålet.” (Mer senere.)

FORNÆRMEDE

- Ikke status som part i Norge
- I den senere tid er fornærmedes rolle styrket gjennom flere rettigheter
- Særlige regler om «fornærmet med bistandsadvokat»

§ 93a. Fornærmede med bistandsadvokat er fornærmede i saker hvor det er oppnevnt bistandsadvokat etter § 107 a første ledd eller tredje ledd.

Når noen er død som følge av en straffbar handling, regnes i denne lov som etterlatte den avdødes ektefelle eller samboer, barn og foreldre. [...]

§ 107a. Fornærmede har rett til å få oppnevnt bistandsadvokat i saker:

- a) om overtredelse av straffeloven §§ 192-197, § 199, § 200 annet og tredje ledd, § 219, § 222 annet ledd, § 224 og § 342 første ledd bokstav b, jf. § 33 og § 342 første ledd bokstav c, jf. straffeprosessloven § 222 a,

- b) om kjønnslemlestelse etter lov 15. desember 1995 nr. 74,

- c) hvor det er grunn til å tro at fornærmede som følge av handlingen får betydelig skade på legeme eller helbred.

- Andre fornærmede eller skadelidte med færre rettigheter:
 - Fornærmet uten bistandsadvokat
 - *Skadelidt* som har fremmet erstatningskrav

- Noen ganger er påtale avhengig av *fornærmedes* begjæring

F.eks:

§ 408. De forseelser som er omhandlet i §§ 391 a, 395, 396, 398,¹ 402, 403, 404, 405 a, 405 b² og 407, påtales ikke av det offentlige uten *fornærmedes* begjæring.

§ 93e. Første gang fornærmede eller etterlatte avhøres, skal politiet informere om deres rettigheter i saken.

- Hvilke rettigheter beror på hvilken gruppe fornærmet man tilhører

§ 93b. Fornærmede og etterlatte med
bistandsadvokat skal varsles om rettsmøter
under etterforskingen gjennom
bistandsadvokaten, jf. § 243 annet ledd.

§ 93c. Fornærmede og etterlatte har rett til å være til stede i alle rettsmøter, med de forbehold som gjelder etter §§ 245 og 284. De har også rett til å være til stede i rettsmøter som føres for lukkede dører, jf. domstolloven § 127, og når vitneforklaringer skal skje for stengte dører med bare partene til stede og under pålegg om taushetsplikt, jf. strpl ...

DOMSTOLENES AVGJØRELSER

- Tingretten
 - Etter toinstansreformen starter alle straffesaker her
 - Én juridisk dommer med to meddommere
 - Noen ganger med 2 + 3 dommere

§ 276. Ved hovedforhandling settes retten med en fagdommer og to meddommere. I saker etter § 268 om forhold som kan straffes med bot eller fengsel inntil ett år, eller med bot og fengsel inntil ett år, kan retten settes uten meddommere. [...]



I saker som er særlig omfattende eller hvor andre særlige grunner foreligger, kan domstolens leder bestemme at retten skal settes med to fagdommere og tre meddommere.

- Utenfor hovedforhandling: Kun én dommer
 - Ved beslutning om bruk av tvangsmidler
 - Ved rettslig avhør



- Lagmannsretten
 - Anke fra tingretten (over dom eller kjennelse)
 - Seks lagdømmer:

Borgarting (Oslo)

Eidsivating (Hamar)

Agder (Skien)

Gulating (Bergen)

Frostating (Trondheim)

Hålogaland (Tromsø)

- I ankebehandling: Tre juridiske dommere + fire legdommere
- Eller lagrette med 10 lege medlemmer



- Høyesteretts ankeutvalg
 - Behandler anker over kjennelser
 - Siler anker over dommer
 - Tre høyesterettsdommere
 - Skriftlig behandling

§ 323. Anke til Høyesterett kan ikke fremmes uten samtykke av Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett. Anke fra siktede eller fra påtalemyndigheten til siktedes gunst som gjelder forhold siktede er frifunnet for av tingretten, men domfelt for i lagmannsretten, kan bare nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke vil føre frem.

- Høyesterett
 - Høyesterettsjustitiarius («Norges nr. 3»)
 - Fem dommere
 - To avdelinger
 - Storkammer (se neste side)
 - Plenum (se neste side)

Domstoll. §5(4). I saker etter første og annet ledd som er av særlig viktighet, kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i den, skal avgjøres av Høyesterett i *storkammer*, satt med 11 dommere. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på om det oppstår spørsmål om å sette til side en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til grunn i en annen sak, eller om saken reiser spørsmål om konflikt mellom lover, provisoriske anordninger eller stortingsbeslutninger og Grunnloven eller bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid. →

I helt særlige tilfeller kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i saken, skal avgjøres av Høyesterett i plenum, som da består av alle Høyesteretts dommere som ikke er ugilde eller har forfall.





FAGDOMMERE OG LEGDOMMERE

- «Juryloven» av 1887 – en reaksjon på embetsmannsstyret
- I dag: Legdommere og jury
- Et rettspolitisk spørsmål med gode argumenter for og imot

- Føles riktig at man dømmes av «sine likemenn»
- Men er de like kyndige?
- Ser seg blinde på at den tiltalte som oftest er skyldig?
- Er legfolk reddere for å dømme en uskyldig?

- Fagdommere kan utvikle en statsvennlighet
- Er fagdommerne ensidig rekruttert (fra Oslos vestkant)?
- Legfolk er mer skjerpet i retten (men noen spiller dataspill under rettsforhandlingene...)
- Legfolk bringer inn annen kunnskap og erfaring?

- Legfolk har mindre respekt for loven og setter lettere «til side» et resultat de ikke liker?
- Legfolk har vanskeligere for å skjønne jussen (eks. *dolus eventualis*)
- Dette gir nok flere «uriktige» frifinnelser
- Viktig: Det synes å øke *folks tillit* til rettssystemet

- Jurykommisjonen (1885) påpekte at en fagdommer i kraft av sin stilling lett ville bli blendet av sin ensidige erfaring

«Men Livet og de menneskelige Forhold lader sig ikke [...] schematisere, og Følgen vil være, at en Uskyldig kan blive straffældt, kun fordi de Momenter er tilstede som pleier sammenlagt at bevise Straffskyld [...].»

- Hagerup (1892): «Fortrinene består i følgende:

1) Lægsmænd, der kun for den enkelte leilighed forretter som dommere, medbringer til denne gjerning et friskere, mer forudsætningsfrit blik og holder sig derved fri for den fristelse, som erfaringsmæssig den rutinemæssige beskjæftigelse med straffesagers paadømmelse lægger nær, nemlig i enhver tiltalt at se en skyldig.



2) I mange tilfælde maa de momenter, hvoraf straffeskyld afhænger (tilregnelighed, aarsagsforhold, agtsomhed o.s.v.) i en vis udstrækning blive at bedømme efter livets regel, den i samfundet herskende gennemsnitsopfatning. Til denne bedømmelse vil lægmænd i mange retninger medbringe særlig gunstige forudsætninger.”

3) Den omstændighed, at et vist antal af den tiltaltes ligemænd [...] har fundet ham skyldig, vil i regelen for ham indeholde det mest overtydende bevis for, at hans stilling til alle sider er bleven fuldt forstaaet og vurderet, og vil derved hos den tiltalte som hos almenheden i det hele fremkalde tillid til retspleien og forestillingen om alles lighed for loven.”

4) Den borgerlige frihed vil i lægdommerinstitutionen finde beskyttelse mod magtmisbrug fra statsautoritetens side, udøvet gennem straffeforfølgningen.

”Blandt lægdommernes mangler er:

- 1) først og fremst at fremhæve deres manglende retskyndighed. [...]



2) Lægdommeren besidder i langt ringere grad end den erfarne fagdommer evnen til at følge traaden i og beholde overblikket over vidløftige og inviklede retsforhandlinger.

3) Lægdommeren er lettere end fagdommeren udsat for paavirkning af øieblikkets stemninger, af folkemeningen og folkelidenskaberne, idet han ikke som denne har et værn herimod i en lang fagmæssig opøvelse til kun at fæste sit blik paa de sagen selv vedkommende momenter [...]

- **Frp vil fjerne juryordningen (NTB, 2012)**

Fremskrittspartiet vil fjerne juryordningen for å få en mer effektiv, rasjonell og moderne rettspleie, sier Per Sandberg, leder av partiets programkomité.

- Vi vil avskaffe juryordningen. Dagens juryordning gir ikke mer rettssikkerhet, sier Per Sandberg til Dagbladet.

- Frp mener dagens juryordning er både gammeldags og uhensiktsmessig. Sandberg sier domstolene må reformeres, og lagmannsrettene vil som tingrettene bli meddomsretter, hvor fagdommere er i mindretall i forhold til lekdommerne.



- Etter vår oppfatning vil en avskaffelse av juryordningen være helt uproblematisk. Rettssystemet vil bli mer effektivt, og en meddomsrett vil ivareta rettssikkerheten på en god måte, sier Sandberg.

Justiskomiteen (1993):

«Komiteens flertall, alle unntatt medlemmet Hiim fra Høyre, legger vekt på at vårt jurysystem stort sett har fungert godt. Det skal derfor meget gode grunner til for å oppheve ordningen som er vel innarbeidet i folks rettsbevissthet som en garanti for en betryggende og demokratisk behandling av straffesaker.»

- Praktisk opplysning mht. forelesningens videre framdrift: Følgende spørsmål behandles sammen med behandlingen av hovedforhandlingen
 - bevis
 - bevisvurdering
 - avgjørelse skyldspørsmålet
 - avgjørelse av straffespørsmålet

ETTERFORSKNINGEN

§ 226. Formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for

- å avgjøre spørsmålet om tiltale,
- å forberede rettens behandling av straffeskyld/reaksjon
- å avverge eller stanse straffbare handlinger.

- Besluttet av politiet
 - Også når *tiltalespørsmålet* ligger under statsadvokat eller riksadvokaten
 - Utføres av polititjenestemenn

– Disse kan på egen hånd foreta skritt ved hast:

§ 225. Etterforsking iverksettes og utføres av politiet. Uten beslutning av overordnet kan enhver politimann foreta skritt som ikke uten skade kan utsettes.

§176 - pågripelse

§198 - ransaking

§206 - beslag

- Etterforskningen kan føre til at det tas ut siktelse
- Personundersøkelse kan besluttes

§226 annet ledd. Om personundersøkelse og mentalobservasjon gjelder reglene i kap 13.

- Etterforskningen er også er forberedelse til hovedforhandlingen

- Bevisopptak

- Til bruk i hovedforhandlingen

- Bevisumiddelbarhetsprinsippet gjelder i hovedforhandlingen, men vedkommende kan være svært syk eller i utlandet

§237 tredje ledd. Bevisopptak til bruk for hovedforhandlingen kan holdes når vilkårene etter § 270 første ledd foreligger, og det ikke uten skade, tidsspille eller omkostning kan utstå til spørsmålet om tiltale er avgjort.

- Hvordan kommer en etterforskning i gang?

– Typisk gjennom anmeldelse

§ 223. Anmeldelse av straffbare handlinger skjer til politiet. Er anmeldelsen muntlig, skal mottakeren skrive den ned, datere den og om mulig få anmelderens underskrift.

Anmeldelse kan også skje til påtalemyndigheten.

– Men også uten anmeldelse; ubetinget offentlig påtale er hovedregelen

§ 77. Strafbare Handlinger er offentlig Paatale undergivet, medmindre noget modsat er bestemt.

- Hva skal til for at en etterforskning startes?

§ 224. Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.

- Begrensede ressurser; politiet må *prioritere*

Forhold som nedprioriteres:

- Mindre alvorlige forhold
- Forhold der det synes uråd å slå fast hvem som er gjerningspersonen
- Anonyme anmeldelser behandles gjerne med varsomhet

- Vilkåret «rimelig grunn»
 - Må være saklig begrunnet
 - En viss sannsynlighet for at straffbart forhold foreligger
 - Etterforskning må være forsvarlig tatt i betraktning forholdets art og alder

- Avhør

§ 230. Politiet kan la oppta forklaring av mistenkte, vitner og sakkyndige, men kan ikke pålegge noen å gi forklaring. [...]

- (NB: annerledes i retten)

– Avhør av mistenkte

§ 232. Før det foretas avhør av mistenkte, skal han gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.

Er han villig til å gi forklaring, oppfordres han til å forklare seg sannferdig. Reglene i § 92 gjelder tilsvarende.

[...]

§ 92. Avhøringen skal skje på en måte som er egnet til å få en så vidt mulig sammenhengende forklaring om det forhold siktelsen gjelder. Siktede skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham.



Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes. Det samme gjelder midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Avhøringen må ikke ta sikte på å trette ut siktede. Han skal gis anledning til å få sedvanlige måltider og nødvendig hvile.

NB:

Spørsmålet om bevis innhentet på uregelmessig måte (herunder ved løfter og lureri; «tvungen» selvinkriminering; utradisjonelle etterforskningsmetoder; provokasjon) drøftes sammen med reglene om bevis.

- Politirapport fra avhør:

§232 femte ledd.

Forklaringen skal skrives ned, leses opp til vedtakelse og så vidt mulig forelegges avhørte til underskrift. Dersom avhørte ønsker det, kan gjennomlesing tre i stedet for opplesing. Krever han endringer, skal disse foretas ved tilføyelse til rapporten. Har det ikke vært anledning til å skrive ned forklaringen på stedet, skal det gjøres snarest mulig. Av rapporten må det kunne ses om de former loven foreskriver, er iaktatt.

- Etterforskningen må være objektiv

§226 tredje ledd. Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.

- Skal sikre at saken virkelig er prosedabel
- Skal hindre at en uskyldig blir dømt

TVANGSMIDLER

- Fellesbetegnelse på tvangsinngrep i den enkelte persons personlige frihet som står til rådighet for forskjellige offentlige organer ved utøvelse av myndighet (ikke bare innenfor straffeforfølgning, men også i psykiatrien).

- På norsk territorium har STATEN monopol på bruken av fysiske tvangsmidler
- Denne makten kontrolleres av LOVGIVER gjennom legalitetsprinsippet
- Og kontrolleres av DOMSTOLENE, siden enkelte tvangsmidler krever beslutning av retten

- Grunnloven § 96: Ingen straff uten dom, ingen dom uten lov
- Også ellers: Inngrep i den private borgers rettssfære krever hjemmel
- Tvangsmidler må lovhjemles

- Særlig viktig er de tvangsmidler som påtalemyndigheten, eventuelt etter tillatelse fra en domstol, kan benytte overfor en siktet i straffesak, f.eks. pågripelse, fengsling, ransaking, og beslag.

Formålet med tvangsmidlene i straffeprosessen

- Avdekke og sikre bevis
- Sørge for gjennomføring av straffesak og dom
- Hindre nye lovovertrедelser under prosessen
- Beskytte folks rettsfølelse

Utviklingstrekk

- Ønske om å oppklare alvorlig og organisert kriminalitet
- FNs vedtak om bekjempelse av terrorisme (etter 11. september 2001)

- Etter 22. juli 2011
- Metodeutvalget
- På bekostning av personvernet

Kryssende interesser

- Vi ønsker effektiv kriminalitetsbekjempelse
- Viktig *mothensyn*: Personvernet
- Samfunnet må finne en *balanse*
- Våre prinsipper testes når truslene kommer nærmere
- Ikke ta rettssikkerheten i Norge for gitt!

Tvangsmidlene i straffeprosessen

- Pågripelse
- Fengsling
- Ransaking
- Kameraovervåking
- Beslag og utleveringspålegg
- Kommunikasjonskontroll
- Romavlytting
- Besøksforbud

Fjerde del. Tvangsmidler

§ 170a. Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.

§ 171 pågripelse (og fengsling)

- skjellig grunn til mistanke
- høyere straff enn fengsel i 6 måneder
 - unndragelsesfare
 - bevisforspillelse
 - gjentakelsesfare
 - begjærer det selv

§ 172 – pågripelse uten vilkårene i § 171

- strafferamme på 10 år eller mer
- strl. § 228(2) 2. alt. jf. § 232, § 229 2. alt. jf. § 232, el. § 229 3. alt.

og

- tilståelse; særlig styrket mistanke
- allmennhetens rettsfølelse eller utrygghet

§ 183 fremstilling for fengsling

- snarest mulig, senest 3. dag etter pågripelse
- endret pga. EMK

Kap. 15 ransaking

- skjellig grunn til mistanke
- frihetsstraff
- bolig, rom eller oppbevaringssted
- for å sette i verk pågripelse eller søke etter bevis eller ting som kan beslaglegge

Kap. 16 beslag og utleveringspålegg.

- ting som antas å ha betydning som bevis
- ting som antas å kunne inndras

Kap. 16a kommunikasjonskontroll

- skjellig grunn til mistanke
- straff av fengsel i 10 år eller mer, eller
- strl. §§ 90, 91, 91 a, 94 jf. 90, 104 a (1) 2. pkt., eller 104 a (2) jf. (1) 2. pkt, eller
- strl. § 162 eller § 317, jf. § 162

Kap. 16b hemmelig romavlytting

- skjellig grunn til mistanke
- strl. § 147 a (1) eller (2)
- strl. §§ 233, 268 (2) jf. 267 eller 162 (3), jf. strl. § 60 a, eller
- strl. § 233, jf. strl. § 132 a

Kap. 17a besøksforbud, oppholdsforbud m.v.

- grunn til å tro at en person ellers vil begå en straffbar handling mot en annen person, eller
- forfølge en annen person, eller
- på annet vis krenke en annens fred

Kap. 17b avverge alvorlig kriminalitet

Når rimelig grunn til å tro at noen *kommer til å begå*

- terrorhandling [strl. § 147 a (1) eller (2)]
- drap, grovt ran, svært alvorlig organisert narkokriminalitet (jf. §60a)
- motarbeiding av rettsvesenet gjennom drap (strl. § 233, jf. strl. § 132 a)

Generelt om tvangsmidler:

Tvangsmiddel kan gjelde person (eks. pågripelse, fengsling, romavlytting)

- Kan gjelde ting (eks. beslag)
- Gjelder som regel mistenkte – som da blir *siktet* (§82) [med mindre hemmelig]

- Pågripelse og fengsling – bare overfor siktede
- Ransaking og beslag – også overfor tredjemann

- Må *begjæres* av påtalemyndigheten

§ 63. Domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake

- Retten kan ikke gå lenger enn begjæringen (ikke f.eks. 2 uker → 4 uker)

- Noen tvangsmidler i straffeprosessen er hjemlet utenfor del IV
 - Avhenting av siktede (§§ 87-88)
 - Avhenting av vitner (§ 115)
 - Kroppslig undersøkelse av mistenkte (§ 157)
 - Fengslig forvaring av vitne for å fremtvinge forklaring (§ 137)

- På hvilke stadier kan tvangsmidler brukes?
- Bare foreløpige skritt for å ivareta hensyn
- Ved endelig dom, faller tvangsmidlet bort

- Vanligvis på etterforskningsstadiet
- Kan også være under forberedelse til hovedforhandling
- Kan også besluttes etter at dom er falt

Forholdsmessighet

- Har hjemmel når vilkårene til stede; men det betyr ikke at tvangsmiddelet kan brukes
- § 170a: Ikke "uforholdsmessig inngrep".

- Beror på en bred helhetsvurdering
 - Hvor alvorlig er saken?
 - Hvor sterk er mistanken (utover «skjellig grunn»)?
 - Hvor stor faren for bevisforspillelse etc.?
 - Foreligger flere fengslingsgrunnlag?

- Siktedes psykiske helse
- Konsekvenser for siktedes arbeid, skolegang, boligsituasjon og økonomiske forpliktelser
- Konsekvenser for omsorgsforpliktelser/familie
- Forholdet mellom lengden på den samlede varetektsperioden og en forventet straff

- Ingen presis tidsgrense for hvor lenge en siktet samlet sett kan sitte varetektsfengslet
- Eksempler på at den samlede varetektsperioden er blitt på flere år
- Det må foreligge *tungtveiende grunner* hvis en så langvarig varetektsfengsling skal være forholdsmessig

Pågrepelse og fengsling

§ 171. Den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, kan pågripes når:

- 1) det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgingen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler,
- 2) det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f eks ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige,

- 3) det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder,
- 4) han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende

- Pågripelse besluttet av påtalemyndigheten
- Senest tredje dag må retten beslutte fengsling
- Pågripelsen er helt foreløpig, mens fengslingen er mer varig
- Ca. 80% løslates før fristen

- Fengsling er mer alvorlig enn pågripelse
- Derfor foreslo mindretall i NOU 1980:28 (om varetektsfengsling) snevrere adgang til fengsling enn pågripelse

- Pågripelse innebærer at mistenkte blir brakt til en politistasjon, og der eventuelt satt i politiarrest
- Kortvarig tiltak: Vil politiet beholde personen, må han fremstilles for varetektsfengsling snarest mulig og senest 3. dag etter pågripelsen, jf .§ 183(1)

- Vernet mot utidig pågripelse og fengsling er viktig – nedfelt i EMK art. 5:

Article 5

Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

- Ved motstrid mellom våre regler og EMK, vil EMK etter strpl. § 4 gå foran

- Det har vært mye kritikk av praksis
 - For lettvint og lite betryggende behandling
 - For ofte fengsling
 - For lenge
 - Brukes til andre formål (eks. få fram tilståelse)
 - Mindretallet i 1980 ville begrense

Vilkårene for pågripelse og fengsling

- § 171 hjemler pågripelse, mens § 184 om fengsling viser til § 171:

”Fengsling kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188.”

- Mistankevilkår
- Strafferammevilkår
- Formålsvilkår
- Forholdsmessighet
- Hensiktsmessighet
- Nødvendighet
- Minste inngreps prinsipp

- Skjellig grunn til mistanke for handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder

- Strafferammen er avgjørende, ikke det sannsynlige i det enkelte tilfellet
- Nok med 6 mnd. fengsel + bot

(Tidligere annerledes: "straff av fengsel i mer enn 6 måneder)

- Antakelig ikke nok ved forsøk (jf. strl. § 51)

- Ved sammenstøt av forbrytelser (ideal- eller realkonkurrens) er løsningen usikker
- 2005-loven ”en eller flere handlinger som etter loven kan medføre ...”

Skjellig grunn til mistanke

- Ordet "skjellig" er et gammelt ord som brukes lite i moderne språkbruk. I loven kom uttrykket inn ved straffeprosessloven av 1887. Det kunne da bety rimelig, forstandig eller klar. Det finnes i uttrykk som "å gjøre rett og skjell for seg"; og "være kommet til skjells år og alder".

- For igangsettelse av etterforsking krever strpl. § 224 (1) "rimelig grunn til å undersøke" om det foreligger et straffbart forhold
- For å straffedømme, kreves en sannsynlighetsgrad opp mot 100 %.

- Fra forarbejdene til 1887-loven om «skjellig grunn»:

”Hvis den blotte Mistanke skulde give adgang til paagribelse, vilde den personlige frihed blive ganske illusorisk. Mistanken maa derfor have god grunde at støtte seg til.”

- Verken ordlyd eller forarbeider gir egentlig holdepunkter for krav om sannsynlighetsovervekt
- Når det er kreves sannsynlighetsovervekt (jf. nedenfor), må det være ut fra reelle hensyn

- Sml EMK art 5: «reasonable suspicion»

Rt. 1992 s. 1529:

”Det er klart at det i kravet om skjellig grunn ligger at mistanken må være av en viss styrke. Imidlertid kan loven ikke forståes slik at det kreves noen *kvalifisert* sannsynlighetsovervekt.”

Rt. 1993 s. 1302:

”[Lagmannsretten tar] utgangspunkt i ’at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det’. Dette er en riktig lovtolking.”

- Premissene i 1993-kjennelsen er knyttet til varetektsfengsling. Imidlertid er denne uttalelsen i den juridiske litteratur tatt til inntekt for et krav om sannsynlighetsovervekt i alle bestemmelser som stiller krav til "skjellig grunn" til mistanke.

- Vanskelig å si sikkert om praksis er entydig, siden kjennelsene gjerne bare sier at det "er skjellig grunn til mistanke", uten å angi hva man legger i dette.

- Bevistemaet er om siktede er skyldig. Dette betyr at samtlige straffbarhetsvilkår må tas i betraktning. Dvs. mer enn 50% sannsynlighet for rett gjerningsmann; utvist nødvendig skyld; og at straffebudet er overtrådt
- Hvis utilregnelig; kan likevel fengsles når sak om tvungent psykisk helsevern er sannsynlig, og ett av de tre tilleggsvilkårene er oppfylt

- Satt på spissen så skulle fengsling være umulig dersom det helt sikkert er én av to, men uvisst hvem
- Men ville det blitt resultatet i en drapssak?

- Husk også: Selv om det er 51% sannsynlig, kan retten komme til at det er uforholdsmessig på grunn av den marginale sannsynlighetsovervekten
- Men: Hvis det er snakk om en alvorlig forbrytelse, *kan* det være større grunn til å fengsle uansett

- Tilleggsvilkår kreves

En konsekvens av uskyldspresumpsjonen:

En mistenkt skal behandles som en uskyldig og kan ikke berøves friheten *utelukkende* på grunn av mistanken

- EMK art. 5 nr. 1 fastsetter at en frihetsberøvelse må ha hjemmel i «law» og ha en begrunnelse anerkjent i bokstav a til f.
- C tillater frihetsberøvelse der det foreligger «*reasonable suspicion*». Ikke noe eksplisitt krav om tilleggsvilkår. En begrunnet mistanke om at vedkommende har begått en straffbar handling er tilstrekkelig.

- Bokstav c må ses i sammenheng med nr. 3 første punktum, som fastsetter at den pågrepne «promptly» skal fremstilles for en dommer eller en annen myndighet som skal beordre løslatelse med mindre vedkommende sikres «trial within a reasonable time».

- Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har utviklet nærmere retningslinjer for hva som ligger i kriteriet «reasonable time»:

- Et hovedelement er at det etter relativt kort tid må foreligge en relevant og tilstrekkelig tungtveiende grunn for *videre frihetsberøvelse*. I *Letellier* mot Frankrike ble tidligere praksis sammenfattet slik:

«[A] reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition *sine qua non* for the validity of the continued detention, but, after a certain lapse of time, it no longer suffices; the Court must then establish whether the *other grounds* cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty.»

Fluktfare

§ 171 første ledd nr. 1:

”grunn til å frykte for at han vil unndra seg
forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller
andre forholdsregler”

- Med "andre forholdsregler" siktes til overføring til tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg

- Behøver ikke gjelde flukt til utlandet
- Kreves ikke at siktede allerede har forsøkt å flykte eller lagt planer om det

- Rt. 1997 s. 2032:

Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt

- Momenter:
 - Hvor streng straff?
 - Hvor mye binder ham til hjemstedet?
 - § 173(2): Når "den mistenkte som ikke vites å ha fast bopel i riket" gjelder ikke +6 mnd-kravet

- Behøver ikke å være en ”forsettlig flukt”; det er f.eks. nok at en utenlandsk siktet uansett hadde planer om å forlate landet
- Moment: Arbeidskontrakt som utløper

Rt. 1998 s. 1212:

«Utvalget bemerker at det kreves objektive momenter for å konstatere at unndragelse er sannsynlig, men sannsynlighetsovervekt kreves ikke. [...] Siktede er utenlandsk statsborger, og han har studert økonomi i fem år i Frankrike. Han har en mor i hjemlandet, og søsteren bor i Frankrike. Siktede har helt fram til fengslingen 12 februar 1997 foretatt hyppige utenlandsreiser blant annet til hjemlandet, hvor han har hatt opphold av ikke ubetydelig lengde.»



«Siktede kom til Norge i 1988, og har en datter på ni og et halvt år fra et tidligere ekteskap med en norsk kvinne. Han er nå gift for annen gang med en norsk kvinne, og ektefellene har felles fast bopel i Oslo. Ektefellene har en datter på halvannet år. Utvalget finner at siktedes tilknytning til hjemlandet og til Frankrike er så betydelig at det foreligger en reell og konkret fluktfare.»

«Dette sammenholdt med at en domfellelse i lagmannsretten vil føre til soning av en resttid av ikke ubetydelig lengde før en eventuell prøveløslatelse, medfører at det er grunn til å frykte at siktede vil unndra seg forfølgningen.»

- Rt. 2010 s. 1573:

Fra Lagmannsretten:

«[Det må] foreligge en sannsynlighet [...], men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt.

Unndragelsesfare som skal begrunne varetektsfengsling må bygge på konkrete holdepunkter.



«Siktede er svensk statsborger og er bosatt i Sverige og har ingen tilknytning til Norge. Det er opplyst at hans faste holdepunkt i livet er moren som han bor sammen med. Siktede ble pågrepet i Sverige. Flukten som enkelte av de medsiktede gjennomførte til Hellas viser at det i saken er evne og villighet til å reise langt ut av landet.»



«Det forhold at Norge har utleveringsavtale med Sverige medfører i seg selv ikke at unndragelsesfare ikke foreligger. Også kortvarig unndragelse er relevant.»



«Siktede risikerer en streng straff. Dette er ikke i seg selv tilstrekkelig til at vilkåret er oppfylt, men er et moment i helhetsvurderingen. Lagmannsretten er etter en samlet vurdering kommet til at vilkåret er oppfylt.»



- Lagmannsrettens kjennelse ble opprettholdt av Høyesterett, etter å ha konstatert at «det er foretatt en slik *individuell vurdering* som loven krever.»

Fare for bevisforspillelse

§ 171 første ledd nr. 2:

”nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken”

- Fengslingsgrunnlaget *fare for bevisforspillelse* betyr at den offentlige oppklaringsinteressen *kan* trumfe uskylds-presumsjonen.

EMK: Fare for bevisforspillelse er en «relevant» fengslingsgrunn. Hvorvidt faren i det konkrete tilfellet er «sufficient», [...] beror på en bred helhetsvurdering. I vurderingen må retten til personlig frihet etter art. 5 nr. 1 første punktum og uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2 veies opp mot det bevissikringsbehovet som en fortsatt fengsling skal ivareta.

- «Bevis» = omstendighet som etter sin art lovlig kan tas i betraktning i bevisvurderingen i straffesaker, typisk forklaringer, sakkyndige vurderinger, dokumenter og andre gjenstander og tekniske spor.
- Ikke påkrevd at politiet, eventuelt med domstolenes bistand, har et rettskrav på å sikre beviset.

- Siktedes egen forklaring er et viktig bevis, men siden siktede ikke har forklaringsplikt og straffritt kan lyve, skal ikke siktedes egen forklaring betraktes som «bevis» i denne sammenhengen
- Lagt til grunn i rettspraksis: En risiko for at siktede kan komme til å tilpasse en eventuell senere forklaring til sakens øvrige bevis, er ikke en relevant form for bevisforspillelse

- Bestemmelsen kan ikke brukes mot en mistenkt som er uvillig til å forklare seg

- Også bevis som primært vil ha betydning ved en eventuell *straffutmåling* omfattes av formuleringen «bevis i saken».
- Det samme gjelder for bevis som bare kan bidra til å fremskaffe et eventuelt *utbytte* fra den straffbare handlingen.

- Loven krever at det må være fare for at siktede vil forspille bevis «i saken».
- Må dreie seg om bevis som er relevante i relasjon til én eller flere av postene i den siktelsen som foreligger.

- Ordlyden: To former for bevisforspillelse - fjerne spor; påvirke vitner/medskyldig
- Forarbeidene: også ødelegge, skjule og fabrikkere bevis
- Vitnebevis kan forspilles ved at vitnet påvirkes til å unndra seg vitneplikten eller ved påvirkning av vitneprovets innhold

- Ikke tilstrekkelig at siktede rent faktisk vil påvirke bevissituasjonen. Ordet «forspille» betyr at påvirkningen må inntre som følge av utilbørlig opptreden fra siktede
- Normal sosial omgang, f.eks. med nærstående, vil i seg selv være irrelevant

Kravet om «nærliggende fare» for at siktede vil forspille bevis:

- Siktede må ha en reell og konkret mulighet til å forspille bevis hvis han ikke fengsles
- *Må være sannsynlighetsovervekt* for at siktede vil benytte muligheten hvis han ikke fengsles

- Det kreves ikke at siktede mest sannsynlig vil forspille et *bestemt* av disse bevisene
- Hvis det er 20 % sannsynlig at siktede vil påvirke vitne A og 35 % sannsynlig at siktede vil påvirke vitne B, er det sannsynlighetsovervekt (55%) for at siktede vil forspille bevis i saken

- EMK: Bevisforspillelsesfare er en tilstrekkelig tungtveiende fengslingsgrunn bare hvis det foreligger *konkrete omstendigheter* i saken som tyder på fare for bevisforspillelse.
- I saken *Iovchev v. Bulgaria* sammenfattet EMD rettstilstanden slik:

«... the prosecution authorities stated that there was a likelihood that the applicant could jeopardise the investigation. However, they did not provide any reasoning in support of this finding which was, therefore, of a purely declaratory nature.»

- *Krzysztofjak v. Polen:*

Klageren siktet for narkotikahandel, og hadde sittet varetektsfengslet i to år og tre måneder. Den nasjonale domstolen hadde i generelle vendinger vist til at det forelå fare for bevisforspillelse, uten en nærmere konkretisering. EMD uttalte bl.a.:

«Such a *generally formulated risk*, flowing from the nature of the offences [...], might possibly be accepted as the basis for his detention at the *initial stages* of the proceedings. [But] the Court cannot accept that ground as a justification for holding the applicant in custody for the entire period in question.»

- Må ha god støtte i konkrete omstendigheter ved saken, siktedes person eller siktedes opptreden, noe som må fremgå av rettens begrunnelse
- Jf. formålet med begrunnelseskravet i § 184 annet ledd tredje punktum og EMDs praksis i tilknytning til art. 5 nr. 3

- Tidlig i etterforskningen av alvorlige overtredelser *er det ofte* en betydelig fare for bevisforspillelse.
- Siktede har en sterk egeninteresse i å forspille bevis der saken er alvorlig, og det er ofte relativt enkelt [...] før politiet har gjennomført de innledende bevissikringstiltakene
- Innebærer det et mindre strengt krav til konkretisering av faren for bevisforspillelse?

- I Rt. 1999 side 498 hadde lagmannsretten begrunnet faren for bevisforspillelse slik:

«Det dreier seg [...] om en alvorlig narkotikasak med flere involverte. [...] Ved første gangs fengsling er det ikke grunn til å kreve detaljerte opplysninger om den videre etterforskning. Etter flertallets oppfatning tilsier sakens karakter og omfang at det her er behov for betydelig etterforskning.»

- Høyesterett kunne ikke se at begrunnelsen i fengslingskjennelsen var utilstrekkelig. Betyr trolig at HR, ut fra sakens karakter, betraktet faren for bevisforspillelse som åpenbar i den *innledende fasen* av etterforskningen
- En *konkret* farevurdering var derfor ikke påkrevd ved første gangs fengsling

- I Rt. 2009 side 1613 gjaldt siktelsen en del av et større sakskompleks, med mange involverte. Faren for bevisforspillelse var begrunnet slik av lagmannsretten:

«Forholdene i siktelsen mot A er del av et stort sakskompleks med mange involverte, og det er avdekket over tid. Det er fortsatt en rekke vitner og mistenkte som skal avhøres. Slik lagmannsretten ser det er det en reell mulighet for at siktede vil kontakte medsiktede og vitner i saken for å påvirke deres forklaringer, og det er en nærliggende fare for at han også faktisk vil benytte denne muligheten.»



«Siktelsen mot A er alvorlig, og han risikerer en ikke ubetydelig fengselsstraff dersom han dømmes i samsvar med siktelsen. Som siktet i saken har A en klart større foranledning til å ville forspille bevis enn han hadde før han ble siktet.»

- Høyesteretts ankeutvalg la til grunn at det gjaldt et relativt strengt konkretiseringskrav:

«Utvalget peker på at lagmannsretten her utelukkende viser til alminnelige antakelser om at bevisforspillelse vil være nærliggende for en person i As sted, i en sak som den foreliggende.»



«Kjennelsen viser derimot ikke hvilke *konkrete forhold* i saken som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at A - om han ikke varetektsfengsles - vil benytte en eventuell mulighet til å påvirke vitner og medsiktede. En slik konkretisering må normalt foretas, for å motvirke at vurderingen av bevisforspillelsesfaren blir for generell og hypotetisk.»



- I premissene fremhevet ikke Høyesterett uttrykkelig at siktede alt hadde sittet *8 uker i varetekt*. Det hadde nok stor betydning.
- Konkretiseringskravet gjelder neppe uten videre gjelder før de innledende bevissikringstiltakene er gjennomført i en alvorlig sak.

- Avgjørelsen i Rt. 2010 side 502 synes å bekrefte at konkretiseringskravet er mindre strengt tidlig i etterforskningen av alvorlige saker.

Saken gjaldt første gangs fengsling av en person som var siktet for voldtekt. Lagmannsretten hadde begrunnet faren for bevisforspillelse slik:

- «Saken er i en helt innledende fase, og selv om politiet ennå ikke har kartlagt alle potensielle vitner i saken, er det etter lagmannsrettens syn stor fare for at siktede vil søke å påvirke vitner eller fjerne spor om han løslates nå.»

- Høyesteretts ankeutvalg påpekte at begrunnelsen «er snau, og vag med hensyn til *hvilke vitner* som kunne bli påvirket og hva som gir sannsynlighetsovervekt for at siktede faktisk vil søke å påvirke disse». Men også:

«Man er på et tidlig stadium av etterforskningen, med et bevisbilde hvor nettopp det man kan avdekke om siktede og fornærmede - og forholdet mellom dem - ved avhør av slekt, venner og omgangskrets, etter omstendighetene kan bli sentralt.»

Gjentakelsesfare

§ 171 første ledd nr. 3:

«antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder»

- Ikke *prosessuelt* formål, men preventivt
- Kalles ofte «prevensjonsarrest»
- Typisk: Vanemessige vinningsforbrytere (OBS: disse er gjerne ressursvake)

- Har vært kritisert
- Straffes for noe man «ennå ikke har gjort»
- Skyldspørsmålet er ennå ikke avklart
- Men: får fradrag...
- Brukes ofte (over halvparten av sakene)

- Hva menes med «antas påkrevd»?
- Forarbeidene:

«rom for en skjønnsmessig bedømmelse av så vel *faregraden* og *alvorligheten* av de fryktede lovbrudd og mulighetene for avvergelse av faren på *annen måte*»

- Det kreves mindre faregrad når forbrytelsen er alvorlig:

Alvor x Fare

- Må *uansett* foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for gjentakelse
- Derfor sjelden aktuelt ved grove voldsforbrytelser (sml. vinningsforbrytelser)

Rt. 1997 s. 1290:

Lagmannsretten hadde vist til at

«siktete tidligere er domfelt og bøtelagt for
voldsbruk og trusler, og til at de handlinger
siktelsen gjelder er begått etter en
prøveløslatelse fra soning av en fengselsstraff for
et drapsforsøk begått i sjalusi og mot en tidligere
kjæreste.»



Høyesterett: «[Det] kreves en sterk grad av sannsynlighetsovervekt [...], og tidligere domfellelse er i seg selv ikke nok til å konstatere tilbakefallsfare [...]. Det må foretas en helhetsvurdering, hvor blant annet kriminalitetens art og hyppighet og domfeltes livssituasjon er av betydning.

[L]agmannsrettens begrunnelse etterlater tvil om [...] nr 3 er riktig forstått, og kjennelsen må oppheves.»

Rt. 1997 s. 1291:

«Lagmannsretten legger til grunn at det etter nr. 3 er tilstrekkelig at det foreligger en «nærliggende fare» for gjentakelse, dvs. at problemstillingen her for så vidt er den samme som etter nr. 2. Dette er ikke en riktig forståelse av bestemmelsen.»



”I ordene «antas påkrevd for å hindre» ligger det at det etter en helhetsvurdering må foreligge *sterk grad av sannsynlighetsovervekt* for at siktede vil begå lovbrudd om han ikke varetektsfengsles [...]”

Rt. 2011 s. 221:

Lagmannsretten la til grunn at siktede i
overskuelig fremtid vil fortsette å finansiere eget
rusmisbruk ved salg av amfetamin til det
allerede etablerte brukermiljøet.



Men lagmannsretten resonnererte videre:

”En ny varetektsfengsling vil naturlig nok føre til at siktede i en periode blir avskåret fra å omsette narkotika. Varetektsfengsling er imidlertid ikke mer egnet enn ordinær soning til å hindre den gjentakelsesfare som vil foreligge når siktede er på frifot.”

«Varetektsfengsling innebærer dermed ikke annet enn at tidspunktet for når siktede eventuelt begår nye overtredelser *forskyves med noen uker*. [...] At man ikke oppnår annet enn en midlertidig «*renovasjonseffekt*» kan tilsi at varetektsfengsling kan være mindre hensiktsmessig for rusmisbrukere som selger for å finansiere eget forbruk.»

Høyesterett:

«Uttalelsen må forstås slik at de lovbrudd som lagmannsretten ved sin vurdering av gjentakelsesfare har funnet at siktede må antas å ville begå om han ikke varetektsfengsles, uansett må antas å vil bli begått etter en eventuell soning. Ved denne argumentasjonen har lagmannsretten for det første oversett at det vil kunne være grunnlag for ny pågripelse og fengsling dersom siktede etter en eventuell soning begår nye alvorlige lovbrudd.» →

”Konsekvensen av lagmannsrettens lovtolkning vil dessuten kunne bli at det blir uforholdsmessig vanskelig å varetektsfengsle aktive, residiverende siktede. Etter ankeutvalgets syn bygger lagmannsretten dermed på en uriktig lovtolkning.”

Egen begjæring

§ 171 nr. 4:

«han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende»

- Må foreligge en positiv begjæring
- Ikke tilstrekkelig med *samtykke*
- Begrunnelse: Kan være en fordel å «begynne soningen» i stedet for å gå og vente
- Kan være frykt for represalier
- Anvendes relativt sjelden

- Noen har hevdet det strider mot EMK
- Hvis dette er det *eneste grunnlaget*, er det da noe behov for fengsling?
- Og: Varetektsfengsling er noe ganske annet enn ordinær soning

Utilregnelige lovovertredere - § 171(2):

Når det er reist sak om overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39 eller tvungen omsorg etter straffeloven § 39 a, eller det er sannsynlig at slik sak vil bli reist, kan pågripelse skje uansett om straff kan idømmes, såfremt vilkårene i første ledd for øvrig foreligger. Det samme gjelder når det er avsagt dom på overføring til tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg.

- Kan ikke bruke varetektsfengsling for å få gjennomført en rettspsykiatrisk undersøkelse
- Den som først er varetektsfengslet, kan undergis slik undersøkelse

- Annet ledd gjelder selv om vedkommende fortsatt er psykotisk – kan da ikke fengsles, men altså varetektsfengsles
- Begrunnelse: Kan være vanskelig å få til innleggelse etter lov om tvungent psykisk helsevern, selv om det er påkrevet

Særlig grove forbrytelser: § 172

- Utvidet adgang til fengsling
- Uten at tilleggsvilkårene i § 171 er tilstede
- Formål: Det kan oppfattes som «støtende mot den alminnelige rettsbevissthet» at den som er siktet for grov forbrytelse slippes fri i påvente av en rettssak

§ 172. Når noen mistenkes for

- a) en forbrytelse som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på en slik forbrytelse, eller

- b) en forbrytelse mot straffeloven § 228 annet ledd annet straffalternativ jf. § 232, § 229 annet straffalternativ jf. § 232, eller § 229 tredje straffalternativ, →

kan han pågripes såfremt det foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken, selv om vilkårene i § 171 ikke er oppfylt. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot. [...]

- Typisk: Drap, voldtekt, grovt ran eller grove narkotikaforbrytelser
- Også § 228 og § 229 når krenkelsen er forsettlig under skjerpende omstendigheter, jf. strl. § 232

- Historisk bakgrunn:
 - Det vakte allmenn harme da en drosjeraner på 50-tallet ble løslatt
 - Skal motvirke den futrygghet og mangel på tillit som kan skapes hvis grove forbrytere settes på frifot

- Altså selv om *ikke* gjentakelsesfare
- Kalles gjerne "rettshåndhevelsesarrest"
(foregriper en ventet domfellelse)

- Fra forarbeidene (1961):

”Dreier det seg om en opprørende og grufull forbrytelse som har skaket almenheten opp, vil denne lett reagere mot at siktede skal kunne gå løs og ledig rundt til endelig dom er avsagt – en dom som antakelig vil gå ut på at siktede skal berøves friheten for mangfoldige år fremover. Heller ikke fra siktedes standpunkt vil det være noen fordel at han kan forbli på frifot: han vil likevel ikke kunne fortsette sitt alminnelige liv og sitt daglige arbeid.”

- Har vært kritisert, siden hjemmelen reelt sett reflekterer samfunnets hevnmotiv – det er jo ”egentlig” ikke behov for fengslingen
- Lovgiver har valgt å beholde hjemmelen

- Ikke i strid med EMK, jf. *Letellier v. Frankrike* (EMD, 1991):

“The Court accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time.”



Rt. 2001 s. 940 (Orderudsaken):

(NB: Gjaldt fengsling *etter* at tingrettsdom var avsagt.)

«De aktuelle sakene viser at bruk av rettshåndhevelsesarrest ikke i seg selv er i strid med EMK. På den annen side er det ikke tilstrekkelig å begrunne rettshåndhevelsesarrest med at man står overfor en alvorlig forbrytelse. Det må vurderes konkret om det er tilstrekkelig grunn til å varetektsfengsle siktede»



«Det dreier seg om et rått og brutalt drap på Cs nærmeste slektninger utført med overlegg og etter lengre tids forberedelser [...] Drapene var en rystende begivenhet ikke bare i de dreptes nærmiljø, men også i landet ellers.»



«Det er utvilsomt at trippeldrapet på Orderud i utgangspunktet er egnet til å skape en slik reaksjon blant allmennheten som bestemmelsen tar sikte på å motvirke. Den reaksjon det er tale om vil nok i første rekke være knyttet til allmennhetens tillit til rettshåndhevelsen og den alminnelige oppfatning om at de tiltalte som nå er dømt, ikke bør være på frifot lenger [...].»

- Krever bred helhetsvurdering
- Ikke abstrakt; må angi hvilke *konkrete* omstendigheter som har betydning i saken
- Ikke nødvendig å påvise hvilken konkret *reaksjon* som vil skapes i almenheten dersom mistenkte løslates

- Sannsynlighetskravet (for skyld) er betydelig skjerpet: Det må «foreligge tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken».
- Rt. 1992 s. 423:

«[D]et må foreligge atskillig mer enn skjellig grunn til mistanke. Det må foreligge en meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig.»

Forskjell mellom § 172 og § 171:

- § 171: sikre effektiv straffeforfølgning og hindre gjentakelse
- §172: beskytte allmennhetens rettsfølelse; hindre utrygghet
 - En følelsesmessig, verdimeslig oppfatning

Utvidet adgang til pågripelse

§ 173. Den som treffes på fersk gjerning og ikke avstår fra den straffbare virksomhet, kan pågripes uten hensyn til størrelsen av straffen.

Det samme gjelder den mistenkte som ikke vites å ha fast bopel i riket, når det er grunn til å frykte for at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgingen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler.

- Pågripelse må avgrenses mot «innbringelse» etter politil. § 8. Også innbringelse innebærer at personen blir brakt til en politistasjon
- Forskjellen er formålet. Innbringelse er i utgangspunktet et avvergende tiltak
- Men ingen klar grense mellom pågripelse og innbringelse

- § 173 andre ledd: Pågripelse av utlending i Norge
- Merk at det kreves frykt for regelrett «flukt», ikke bare «unndragelse» som i § 171
- Ikke nok at hjemreisedatoen nærmer seg
- Normalt vil fengslingsсуррогат være tilstrekkelig; eks. beslag av førerkort eller pass

- Hvor lenge kan man holdes pågrepet etter §173?
 - § 173 andre ledd: Må fremstilles for fengsling senest 3. dag, jf. § 183
 - Det samme må trolig gjelde ved pågripelse etter § 173 første ledd
 - Men normalt må vedkommende løslates tidligere, jf. § 170a om forholdsmessighet

Barn og ungdom

§ 174. Personer under 18 år bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd.

§ 184 annet ledd. Er den pågrepne under 18 år, må slik fremstilling skje snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Ender fristen på en helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag, forlenges fristen med én dag.

- Person under 15 år: Varetektsfengsling ikke mulig siden ikke straffbart
- Varetektsutvalget ville heve grensen for varetektsfengsling til 16 år
- Mindretallet vill heve grensen helt til 18 år
- Departementet ønsket sammenfallende prosessuell og kriminell lavalder, 15 år

Påtaleinstruksen § 9-2.

Pågripelse og varetektsfengsling av unge personer

Personer under 18 år bør ikke pågripes eller begjæres varetektsfengslet hvis det ikke er særlig påkrevet. For personer under 16 år bør det i stedet for fengsling forsøkes andre tiltak, f.eks. midlertidig plassering i egnet institusjon under barnevernet, når det er adgang til det.

Pågripelseskompetansen

- Tidligere måtte retten beslutte pågripelse, men dette ble gjennom praksis endret til påtalemyndigheten (jf. Rt 1936 s. 566), jf. dagens lov:

§ 175

Pågrepelse besluttet av påtalemyndigheten. Beslutningen skal være skriftlig og inneholde betegnelse av den mistenkte, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen til pågripelsen. Er det fare ved opphold, kan beslutningen gis muntlig, men skal da snarest mulig nedtegnes.

- Avgjørende var de praktiske ulempene
- Saken er som regel dårlig opplyst på dette stadiet
- Retten måtte uansett stolt mye på politiets skjønn

- Dessuten: Rettens vurdering i fengslingsaken blir mer uhildet
- Påtalemyndigheten *kan* be retten beslutte pågripelse når mistenkte tenkes søkt utlevert fra utlandet (§ 175 annet ledd); men sjelden
- I så fall beslutning (ikke kjennelse), ikke rettsmøte, ingen varsling av siktede

Pågrepelse foretatt av andre

§ 176.

Når det er fare ved opphold, kan politimann foreta pågrepelse uten beslutning av retten eller av påtalemyndigheten. Det samme gjelder enhver annen dersom den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor.

Den som uten å høre til politiet har foretatt en pågrepelse, skal straks overgi den pågrepne til politiet.

- Behov når politimann påtreffer en tyv på fersk gjerning
- Slik kan en politimann, uten å tilhøre påtalemyndigheten, i gjerning sikte en person
- Hvem som er «politimann» bestemmes av politiloven

- Også «enhver annen» når fersk gjerning
- Omfatter private vektere, men også andre
- Man stanser f.eks. en flyktende bankraner
- Må straks overgis til politiet (antakelig «siktet» fra *da av*)

- Sak i nyhetene i 2011: Butikkeier pågrep tyv, men politiet ville ikke rykke ut før neste morgen
- Holdt tyven innesperret i bil over natten
- Enighet om at det var uheldig...

Fremstillingsfristen

§ 183. Vil påtalemyndigheten beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling. Domstolloven § 149 første ledd gjelder ikke ved beregning av fristen. Er fremstilling for retten ikke skjedd dagen etter pågripelsen, skal grunnen til det opplyses i rettsboken.

§ 184. Den tingrett som den pågripne fremstilles for, avgjør ved kjennelse om han skal undergis varetektsfengsling. Avgjørelsen treffes så vidt mulig innen rettsmøtets slutning.

- Retten til raskt å bli fremstilt for forhørsretten er en rettssikkerhetsgaranti for siktede
- Formålet med EMK artikkel 5 er å motvirke vilkårlig frihetsberøvelse. Dette søkes oppnådd gjennom to typer av regelsett:
 - Skranker for når frihetsberøvelse kan skje
 - Rettslig overprøving

- «senest tredje dag» betyr:
- Pågripelse mandag kl. 23: må fremstilles på torsdag
- Pågripelse tirsdag kl. 02: må fremstilles på fredag
- Domstoloven § 149 første ledd gjelder ikke

- Tidligere: snarest mulig og så vidt mulig dagen etter pågripelse, uten at fristen var absolutt
- Dersom neste dag var en lørdag eller en helligdag, ble fremstillingsfristen forlenget til neste virkedag, jf. domstolloven § 149.
Dermed kunne fristen være to eller tre dager

- Når helligdager kom i tilknytning til en helg, kunne fristen dessuten være enda lenger. Eks. fra skjærtorsdag, til 2. påskedag, altså seks dager

Flere forutsetninger må være oppfylt for at adgangen til overprøving skal være effektiv:

- Den siktede må *faktisk bli fremstilt*, slik at overprøving kan skje
- Fremstillingen må skje så raskt at retten til *overprøving blir reell*, dvs. at perioden før fremstilling er så kort som mulig



- Dessuten må saken må være *så godt opplyst* at retten kan foreta en grundig og reell vurdering av om det er grunnlag for å opprettholde varetektsfengslingen

- Tidsmomentet og opplysningsmomentet står altså i et spenningsforhold til hverandre; må balanseres
- Ved lovendring ble fristen *utvidet*, samtidig som det ble en *absolutt frist*

- JDs begrunnelser for å forlenge fristen:

«[E]n lengre fremstillingsfrist [vil] først og fremst kunne redusere behovet for varetektsfengsling i saker hvor det er fare for bevisforspillelse: Politiet får bedre tid og anledning til å etterforske saken hvis fremstillingsfristen utvides.»



«Blir saken bedre etterforsket, kan også retten [...] få et bedre grunnlag for å vurdere fengslingsspørsmålet hvis den pågrepne fremstilles for fengsling. Det kan føre til flere løslatelser enn i dag, eller til at retten fastsetter en kortere varetektsperiode.»



Men JD uttalte også:

«Selv om den totale bruken av frihetsberøvelse går ned, er det en risiko for at enkeltpersoner vil bli holdt frihetsberøvet i en lengre periode enn de ville ha blitt etter gjeldende rett. For dem hjelper det lite at den samlede bruken av frihetsberøvelse under etterforskningen reduseres.»



«...Selv om en generell frist på tre dager ikke er konvensjonsstridig, kan fengsling i tre dager være for vidtgående i et konkret tilfelle.»



«Hensynet til EMK artikkel 5 nr. 3 tilsier at man i tillegg til en slik lengstefrist viderefører det variable fristkravet om at fremstilling må skje snarest mulig. Dermed vil fremstilling vanligvis måtte skje før utløpet av lengstefristen.»



«Etter departementets syn bør det ikke være kulant å vente i tre dager med å løslate den siktede eller å begjære varetektsfengsling. Bare når særlige grunner tilsier det, bør den siktede holdes frihetsberøvet i tre dager uten rettens godkjenning.»

Nærmere om fengslingsmøtet og kjennelsen

- Sjelden bevisførsel i tingretten
- Dommeren baserer seg på etterforskningsdokumentene
- Avhør av siktede
- Ikke noe krav om bevisumiddelbarhet

§ 98. Er siktede pågrepet, skal han så vidt mulig ha forsvarer straks det er klart at han ikke vil bli løslatt innen 24 timer etter pågripelsen. Det samme gjelder siktede som var under 18 år på handlingstidspunktet, dersom det er klart at han ikke vil bli løslatt innen 12 timer etter pågripelsen.

Siktede skal såvidt mulig ha forsvarer i det rettsmøte som holdes til avgjørelse av spørsmålet om varetektsfengsling. Han skal ha forsvarer så lenge han er fengslet. Oppnevning kan unnlates om retten finner dette ubetenkelig og siktede uttrykkelig gir avkall på forsvarer.

- Samme dommer i fengslingssaken og i hovedforhandlingen – inhabilitet?
- Ikke inhabilitet pga. forskjellen på «skjellig grunn til mistanke» og den sikkerhet mht. straffeskyld som kreves for domfellelse → hva menes?
- Men ved § 172-fengslinger annerledes

§172: "tilståelse eller andre forhold som i *særlig grad styrker mistanken*"



Rt. 1996 s. 261:

«I de senere år er man blitt mer oppmerksom på betenkelighetene ved at dommere som har deltatt ved varetektsfengsling på grunnlag av regler som krever slik kvalifisert grad av mistanke som § 172, også deltar ved selve pådømmelsen av saken. Slike avgjørelser på de innledende stadier av en straffesak kan oppfattes som en stillingtagen til skyldspørsmålet i straffesaken i betydelig sterkere grad enn forholdet er ved varetektsfengsling etter § 171.»

«Jeg finner [...]at det av hensyn til tilliten til domstolene bør unngås at det kan reises tvil om habiliteten til de dommere som deltar ved pådømmelsen av straffesaker. Disse hensyn finner jeg best ivaretatt ved å følge en streng linje ved praktiseringen av domstoll. § 108 i saker på dette område.»



«Etter mitt syn bør selve det forhold at en dommer tidligere har foretatt den kvalifiserte mistankekonstatering etter § 172, være avgjørende og føre til at vedkommende ikke kan delta i pådømmelsen av straffesaken. [...]»

EMD i *Hauschildt v. Danmark* (1989):

Brudd på kravet om behandling ved en upartisk domstol som inngår i «fair trial», jf. art. 6 nr. 1. Byrettsdommer som pådømte saken hadde tidligere (ni ganger!) besluttet varetektsfengsling etter regel med krav om «særligt bestyrket mistanke». EMD presiserte at det forhold at en dommer tidligere har besluttet varetektsfengsling, *ikke i seg selv* fører til inhabilitet ved pådømmelsen av saken.

- Fengslingskjennelse må begrunnes

Ikke nok med henvisning til lovhjemmelen, må nevne:

- *Hvorfor* det er skjellig grunn til mistanke
- *Hvorfor* det er behov for fengslingen
- At fengslingsurrogat ikke er tilstrekkelig
- At fengsling ikke er uforholdsmessig

Særlige restriksjoner (§ 186 andre ledd)

- Forbud mot/kontroll av brev og besøk
- Ikke adgang til media/internett
- Ikke samvær med andre innsatte

§186 annet ledd.

... ved kjennelse bestemme at den fengslede ikke skal kunne motta besøk eller sende eller motta brev eller annen sending, eller at besøk eller brevveksling bare kan finne sted under kontroll av politiet. [...] Retten kan også bestemme at den fengslede ikke skal ha adgang til aviser eller kringkasting eller at han skal utelukkes fra samvær med bestemte andre innsatte (delvis isolasjon). ...

- Kritikk fra Europarådets torturovervåkingskomité
 - Myndigheten til å avsondre siktede fra kontakt med andre innsatte ble lagt til retten
 - Adgangen til fullstendig isolasjon ble særlig regulert i § 186a:

§ 186a

Retten kan ved kjennelse beslutte at den fengslede skal utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon) når varetektsfengsling er besluttet etter § 184 annet ledd, jf. § 171 første ledd nr. 2, og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken dersom han ikke holdes isolert. Er den siktede under 18 år, kan isolasjon ikke besluttes.

- Isolasjon i inntil 6 uker ved mulig fengselsstraff inntil 6 år
- Isolasjon i inntil 12 uker ved mulig fengselsstraff over 6 år
- Når tungtveiende hensyn gjør det nødvendig, kan utover 12 uker tillates

- Både ved kontroll med/forbud mot brev og besøk + fullstendig isolasjon gjelder dette:

Kjennelsen skal angi på hvilken måte etterforskningen vil bli skadelidende om ikke den fengslede blir underlagt forbud eller kontroll etter bestemmelsen her. Det skal også gå frem av kjennelsen at bruken av forbud eller kontroll ikke er et uforholdsmessig inngrep.

Fengslingsfristen

§ 185. Beslutter retten å fengsle den siktede, fastsetter den samtidig en bestemt tidsfrist for fengslingen, når ikke hovedforhandlingen allerede er påbegynt. Fristen skal være så kort som mulig og må ikke overstige fire uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen.



Dersom etterforskingens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, kan retten sette en lengre frist. Er hovedforhandling påbegynt når siktede blir fengslet eller når fengslingsfristen løper ut, kan siktede holdes fengslet inntil dom er avsagt.

Rt. 1989 s. 613:

«Lagmannsretten [har konkludert med] at det foreligger en overhengende fare for at han vil begå nye straffbare handlinger som omhandlet i strpl. § 171 første ledd nr. 3. Det lovtolkingsspørsmål som oppstår for utvalget, er om en slik helt spesiell gjentakelsesfare kan gå inn under "andre særlige omstendigheter" i strpl. § 185 første ledd fjerde punktum, og således gi adgang til å sette en lengre fengslingsfrist enn fire uker.»



”Det fremgår av lovforarbeidene [...] at unntaksregelen tar sikte på tilfelle hvor det synes klart at fengslingsspørsmålet ikke vil komme i noen annen stilling i løpet av fristen, og det er gitt enkelte eksempler, som imidlertid ikke er uttømmende. Utvalget kan ikke se annet enn at ’særlige omstendigheter’ også må kunne omfatte et tilfelle som det foreliggende. En annen sak er at det må utvises stor varsomhet med å fravike fireukersfristen; lovforarbeidene fremhever således at adgangen til å fravike fristregelen er ’meget snever’.”

- Ingen samlet lengstetid gjelder
- NOKAS-saken: Over *1000 dager* på isolasjon

EMK art. 5 nr. 3:

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be *entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial.*

- Feil i 22. juli-saken, hvor det *fra starten* ble bestemt *4 ukers isolasjon*:

§ 186a annet ledd. Retten skal fastsette en bestemt tidsfrist for isolasjonen. Fristen skal være så kort som mulig, og må ikke overstige 2 uker. Den kan forlenges ved kjennelse med inntil 2 uker om gangen. Dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter 2 uker vil være uten betydning, og den siktede er fylt 18 år, kan fristen forlenges med inntil 4 uker om gangen. [Tolke ordlyden her...]

Fengslingsсурогатер

§ 170a. Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.

- § 184 andre ledd krever eksplisitt at "formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188".

§188 første ledd. I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.

§ 181. Påtalemyndigheten kan unnlate pågripelse eller løslate den pågrepne, mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende. Løftet eller samtykket skal gis skriftlig.

- Oppregningen er ikke uttømmende, og vilkårene kan kombineres
- Krever frivillighet, men siktede har jo et visst press, siden alternativet er pågripelse og fengsling
- Vilkårene i §171 må foreligge; samtykke er ikke nok

§ 188 annet ledd. I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. [...]

Retten kan beslutte at siktede som er psykisk utviklingshemmet og antas å være utilregnelig, skal plasseres i en fagenhet for tvungen omsorg, jf. strl. § 39 a. [...]

Ransaking

- Ransaking av "bolig, rom eller oppbevaringssted"
- Ransaking av person
- Vilkårene for personransaking er strengere, siden det er et sterkere inngrep enn husransaking
- Sondres også mellom ransaking overfor mistenkte (som blir siktet) og overfor tredjemann

§ 192. Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan det foretas ransaking av hans bolig, rom eller oppbevaringssted for å sette i verk pågripelse eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i.



Hos andre kan ransaking foretas når det er skjellig grunn til mistanke om en slik handling, og

- 1) handlingen er foretatt eller mistenkte pågrepet der,
- 2) mistenkte har vært der under forfølgning på fersk gjerning eller ferske spor, eller
- 3) det for øvrig er særlig grunn til å anta at mistenkte der kan pågripes, eller at det der kan finnes bevis eller ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i

- Skjellig grunn til mistanke
- Frihetsstraff

§ 196. Ransaking etter foranstående bestemmelser kan foretas selv om mistenkte ikke kan dømmes til straff på grunn av reglene i straffeloven §§ 44 eller 46. Det gjelder også når tilstanden har medført at den mistenkte ikke har utvist skyld.

(F.eks. mangler "vinnings hensikt" pga. selvforskyldt rus)

- Et ”oppbevaringssted” kan være parkert bil eller koffert i oppbevaringsboks
- En håndkoffert, bag eller ryggsekk vil derimot omfattes av regelen om *personransaking*
- Ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt for at man finner bevis eller ting å beslaglegge (jf. «for å»...)



Forarbeidene:

”Gjelder det forbrytelser av noen betydning, kan det ofte være grunn til ransaking hos mistenkte uansett sannsynligheten for et positivt resultat. Spørsmålet bør være om det etter handlingens art og omstendighetene for øvrig er naturlig å gå til et slikt etterforskningsskritt.”

- Finner politiet noe, kan neste skritt være beslutning om beslag
- Undersøkelse i en hage eller andre steder på eiendom, faller ikke inn under § 192
- Her kan politiet bruke:
§ 156. Gransking av hus eller annet privat område kan foretas uten samtykke av eier eller besitter når vilkårene for ransaking eller annen undersøkelse etter reglene i kap. 15 er til stede.

- Utvidet ransakningsadgang etter § 193 for hus eller rom som etter sin art er tilgjengelig for alle – f.eks. restaurantlokaler
- Razzia hos alle i et område:

§ 194. Gjelder mistanken en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 8 år eller mer, kan det foretas ransaking av alle hus eller rom i et nærmere bestemt område dersom det er grunn til å anta at gjerningsmannen kan holde seg skjult i området, eller at det der kan finnes bevis eller ting som kan beslaglegges.

- Ransaking av person

195. Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan det foretas ransaking av hans person dersom det er *grunn til å anta* at det kan føre til oppdagelse av bevis eller av ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i.

Av andre enn mistenkte kan det foretas personlig ransaking når mistanken gjelder en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og særlige omstendigheter taler for å foreta slik ransaking.

- Her må det foreligge «grunn til å anta at det kan føre til oppdagelse av bevis...»

Strengere enn ved husransaking («for å søke etter»), men heller ikke «*vil* føre til»

- Tvungen ransaking av elever på skole for å sjekke angående misbruk av narkotika vil være i strid med loven («særlige omstendigheter»)

- Ikke adgang til "legemsundersøkelse" av andre enn mistenkte
- Legemsundersøkelse: Mer enn en ytre besiktigelse (eks. hulromundersøkelser)

§ 160. Uten hensyn til reglene foran kan det, etter nærmere forskrifter som Kongen gir, tas fingeravtrykk og fotografi av personer som mistenkes eller er dømt for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff. [...]

- Visitasjon er noe annet enn personransaking
- Politiet går igjennom klær, lommer, lommebok, bagasje, notisbøker etc.
- Ikke et straffeprosessuelt middel
- Gir ikke status som siktet

Politiloven § 10.

Etterfølgende visitasjon m.v.

Politiet kan foreta visitasjon for å bringe en persons identitet på det rene, hvis personen nekter å oppgi navn, fødselsdato, fødselsår, stilling og bopel når politiet ber om det, eller det er grunn til mistanke om at den oppgitte identitet er falsk. [...] Politiet kan visitere enhver som fjernes, anholdes eller innbringes for å søke etter våpen eller andre farlige gjenstander. [...]

Kompetanse ved ransaking

- Kompetansen er lagt til retten
- Hvorfor krever pågripelse ikke rettsbeslutning, mens ransaking gjør det?
- Mindre poeng med etterfølgende kontroll, men hva om løslates før fremstilling?
- Fare ved opphold: Påtalemyndigheten

§ 197. Uten vedkommendes skriftlige samtykke kan ransaking etter §§ 192, 194 og 195 bare foretas etter beslutning av retten.

Er det fare ved opphold, kan beslutningen treffes av påtalemyndigheten. Ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende skal slik beslutning treffes av statsadvokaten, og bare dersom det er sannsynlig at etterforskningen vil bli vesentlig skadelidende dersom man skulle vente på rettens beslutning.

- Fersk gjerning: Politimann, jf. § 198 (ikke andre)

198. Uten beslutning som nevnt i § 197 kan politimann foreta ransaking:

- 1) på sted som nevnt i § 193,
- 2) når mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor, eller
- 3) når det er sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles.

- Gjennomføring av ransakingen
 - I nærvær av vitne når mulig
 - Evt. redaktøren
 - Siktede skal underrettes ved gjennomføringen
 - Ved grove forbrytelser kan politiet unnlate å underrette mistenkte, jf. § 200a:

§ 200a. Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller som rammes av straffeloven [...], kan retten ved kjennelse beslutte at ransaking kan settes i verk uten underretning til den mistenkte eller andre. [...]



Tillatelse etter første ledd kan bare gis dersom det må antas at det vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.

Beslag

§ 203. Ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken. Det samme gjelder ting som antas å kunne inndras eller å kunne kreves utlevert av fornærmede.

§ 205. Beslag av ting som besitteren ikke vil utlevere frivillig, besluttes av påtalemyndigheten. [...]

§ 206. Uten beslutning av påtalemyndigheten kan politimann ta beslag når han setter i verk beslutning om ransaking eller pågripelse, og ellers når det er fare ved opphold. Beslag kan tas av enhver når den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor. [...]

§ 210. Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken. Reglene i § 137 og domstolsloven § 206 gjelder tilsvarende. [...]

Kommunikasjonskontroll

- Særlige betenkeligheter – «storebror ser deg»
- Fra lovforarbeidene:

«Den enkeltes rett til privatliv og til å kunne meddele seg til andre uten innsyn fra utenforstående er en fundamental menneskerettighet.»

- Men personvernet må noen ganger vike
- Tidligere bare narkotika- og spionasjesaker
- Utvidet adgang fra 1999 – også andre grove forbrytelser
- Nå ikke bare telefonavlytting, men også datakontroll

→ Kap. 16:«kommunikasjonskontroll»

- Eget tilsynsorgan:

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll

§ 216a. Retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta kommunikasjonsavlytting når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling

a) som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller

a) som rammes av strl. §§ 90, 91, 91 a, 94 jf. 90, 104 a første ledd annet pkt., eller 104 a annet ledd jf. første ledd annet pkt., eller av § 162 eller § 317, jf. § 162 eller av lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. § 5.

[...] Kommunikasjonsavlytting kan bestå i å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke. [...]

§ 216m. Retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler (romavlytting) når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som rammes av

a) Strl. § 147 a første eller annet ledd,

b) Strl. §§ 233, 268 annet ledd jf. 267 eller 162 tredje ledd, jf. strl. § 60 a, eller

c) Strl. § 233, jf. strl. § 132 a.

[...] Tillatelse til romavlytting kan bare gis dersom det må antas at avlytting vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.

[...] Tillatelse til avlytting av offentlig sted eller annet sted som er tilgjengelig for et større antall personer, kan bare gis når det foreligger særlige grunner. Det samme gjelder ved avlytting av sted hvor advokat, lege, prest eller andre erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art, såfremt vedkommende ikke selv er mistenkt i saken. Romavlytting må innrettes slik at den i minst mulig grad fanger opp samtaler hvor den mistenkte ikke er part.

Når retten ikke bestemmer noe annet, kan politiet foreta innbrudd for å plassere eller fjerne utstyr som er nødvendig for å gjennomføre avlyttingen. [...]

- Skjellig grunn til mistanke
- Fengsel i 10 år eller mer, eller
- Narkotika + spionasje
- Vesentlig betydning for oppklaring
- Noen ganger: Særlige grunner

- Beslattes av retten, jf. § 216e
- Inntil 4 uker av gangen
- Hemmelig, men offentlig forsvarer oppnevnes
- Fare ved opphold: påtalemyndigheten, jf. § 216d (for retten innen 24 timer)

- Hva med overskuddsinformasjon?

- Sml. «Foto i bomringen»-saken

§ 216i. Alle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Det samme gjelder andre opplysninger som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken. Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysningene brukes



- a) som ledd i *etterforskningen* av et straffbart forhold, herunder i avhør av de mistenkte,
- b) som *bevis* for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra,
- c) for å forebygge at noen *uskyldig blir straffet*,
- d) for å *avverge en straffbar handling* som kan medføre frihetsstraff, eller
- e) for å gi opplysninger til *kontrollutvalget*.

Kontradiksjon – retten til å eksaminere vitner

(Deler av det følgende er hentet fra Magnus Matningsdal:
Siktedes rett til å eksaminere vitner, Bergen, 2007)

- Grunnleggende prosessuell rettighet

EMK art. 6 nr. 3 d:

Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

... (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him

- Utslag av partslikhetsprinsippet, som inngår i «fair trial»

Se for eksempel *Neumeister*-saken (1968)

Begrunnelser for eksaminasjonsretten:

- Siktede skal oppleve prosessen som rettferdig
- Forhindre uriktig faktum i saken

- Retten settes typisk på spissen når det er spørsmål om å lese opp en tidligere politiforklaring:
- Typisk fordi vitnet nekter å forklare seg i retten

Hjemmel f.eks. i §122 (nærstående) eller § 123 (selvinkriminering)

- Eller flere tiltalte, og nekter å forklare seg under henvisning til jf. § 90
- Eller vitnet uteblir rett og slett eller er død

- Kan forklaringen fra vitnet eller den medtiltalte leses opp i slike tilfeller?
- §§ 290, 296 og 297 (opplesning)
- § 300 (bruk av lydopptak)
- Disse bestemmelsene gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. § 4

Altså: Opplesning må ikke være en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 3 d (og SP art. 14 nr. 1 og nr. 3 e)

- Tidligere vurderte man i Norge bare om *hensynet til vitnet* talte mot opplesning
- EMDs sak *Unterpertinger v. Østerrike* (1986) slo fast at også *hensynet til tiltalte* kunne stenge for opplesning
- Nå er det ikke ett, men to nåløyer som må passeres før retten kan tillate opplesning
- Særlig spørsmål: Når kan man lese opp i retten en forklaring gitt av vitner som tiltalte og/eller forsvareren ikke har fått anledning til å eksaminere?

HENSYNET TIL VITNET SOM BEGRENSNING

- Tidligere: Dersom vilkårene i strpl. §§ 296 og 297 var oppfylt, vurderte man bare dette hensynet
- Se § 122 om nære familiemedlemmers fritak for vitneplikt.
- Vitnet skal informeres, jf. § 235
- Hva hvis politiet ikke har informert?

- Rt. 1988 s. 663:

Med utspring i en familiekonflikt hadde tiltalte skutt mot farens bil og skadet denne. Dagen før hovedforhandlingen trakk faren påtalebegjæringen tilbake, jfr. strl. § 82(2). Det var ingen feil at farens politiforklaring ble lest opp under hovedforhandlingen selv om han ikke møtte. Da han forklarte seg for politiet, var han gjort kjent med sin rett til å nekte å avgi forklaring, jfr. strpl. § 122.

Høyesterett oppsummerte rettstilstanden i 1988 slik:

«Når det gjelder lovligheten av opplesning av fornærmedes politiforklaring var fornærmede før han forklarte seg for politiet foreholdt sin rett til fritakelse for vitneplikt etter strpl. § 122. Det fremgår av rettspraksis at en politiforklaring fra en som etter å være foreholdt sine rettigheter, men allikevel velger å avgi forklaring, må kunne leses opp under hovedforhandlingen, selv om denne ikke møter eller er villig til å forklare seg.»

- Dersom rettigheten ikke var opplyst om, kunne heller ikke politibetjenten som hadde mottatt forklaringen føres som vitne.
- Begrensningen er ikke nødvendig etter EMK, som skal beskytte *tiltalte*, ikke vitnet
- Men hva med tiltaltes rett til eksaminasjon..?

- EMDs dom *Asch v. Østerrike* (1991):

Her hadde ikke vitnet blitt informert om at hun ikke hadde forklaringsplikt:

«[T]he right on which she relied in order to avoid giving evidence cannot be allowed to block the prosecution, the appropriateness of which is moreover not for the European Court to determine.»

- EMD har uttalt at det er opp til det enkelte land å avgjøre hvilke *bevis* landet vil akseptere.

- Retten til å nekte forklaring etter § 123
- Vitner har ikke krav på å bli informert om denne; derfor er regelen den motsatte av for § 122
- Dvs.: vitneforklaring kan ikke nektes opplest under henvisning til § 123

REGLENE I STRAFFEPROSESSLOVEN

Bevisumiddelbarhetsprinsippet

§ 296. Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.

Opplesning når vitnet møter i retten

§ 296(2) Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken.

- Opplesning kan tillates i tre situasjoner:

1) Motstrid mellom vitnets forklaringer

2) Punkter vitnet nekter å uttale seg om

3) Punkter vitnet erklærer å ikke huske

- I slike situasjoner må *tiltalte* gis anledning til å krysseksaminere

Rt 1998 s. 1182:

«Det avgjørende må være at vitnet er til stede i retten, og at det blir gitt adgang til å stille spørsmål, også etter den avsluttende opplesningen ... Jeg tilføyer at vitnets manglende evne eller vilje til å huske saksforholdet ... vil være en omstendighet som retten må ta i betraktning ved bevisvurderingen.»

- Dette er ikke i strid med EMK artikkel 6 om "fair trial".
- Retten kan naturligvis legge til grunn den forklaringen som vitnet tidligere avga, men tar avstand fra under hovedforhandlingen
- Jf. *Doorson v Nederland* (EMD, 1996)

Opplesning når vitnet ikke møter i retten - § 297

§ 297. Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift.
[...]

Opplesning kan skje i to situasjoner:

1) Muntlig avhør ikke mulig

- Vitnet er død
- Vitnet er i utlandet og nekter å komme
- *Ikke* oppfylt hvis er i Norge på kjent sted

2) Muntlig avhør uforholdsmessig ulempe el. utgift

Momenter:

- Sakens alvor
- Hvor sentralt er vitnet
- Hvor stor utgifter
- Hvor store anstrengelser har politiet gjort
- Ulempene ved evt. å utsette forhandlingene
- Er det mulig med telefonavhør, jf. § 109a

Opplesning av en *medtiltalts* forklaring

- Regnes i forhold til øvrige tiltalte som et vitne

§ 290. Gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som tiltalte tidligere har gitt i saken, kan bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom hans forklaringer, eller når det gjelder punkter som han nekter å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker, eller såfremt han ikke møter. Det samme gjelder skriftlig erklæring som han tidligere har gitt i anledning saken.

Opplesning kan skje i fire situasjoner:

1) Motstrid mellom forklaringene

2) Punkter han nekter å uttale seg om

3) Punkter han hevder ikke å huske

4) Saken fremmet til tross for hans uteblivelse

Folkerettslige begrensninger av hensyn til *tiltalte*

- Jf. strpl. § 4 + menneskerettsloven
- EMK artikkel 6 nr. 1 ("fair trial") + nr. 3 d (eksamineringsretten)

Det var først med EMDs *Unterpertinger v. Østerrike* (1986) at Norge ble bevisst betydningen av hensynet til *tiltalte* når det gjelder opplesning av vitneforklaring

EMD uttalte her:

“It is true that the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner were not the only evidence before the courts. [...] However, it is clear from the judgment [...] that the Court of Appeal based the applicant’s conviction *mainly* on the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner to the police.”



“Mr. Unterpertinger was [thus] convicted on the basis of ‘testimony’ in respect of which his defence rights were appreciably restricted.

[...] That being so, the applicant did not have a fair trial and there was a breach of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention, taken together with the principles inherent in paragraph 3 (d).”

På 1990-tallet utviklet høyesterett kriteriet om det «hovedsakelige bevis»

- En oversettelse av uttrykket «mainly» i *Unterpertinger* (EMD, 1986)
- Rt 2001 s. 29 synes Høyesterett å foreta en kursendring – mot en strengere regel:

«På denne bakgrunn er det en *reell mulighet* for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et *viktig og kanskje nødvendig bevis.*»

- Reell mulighet
- Viktig og kanskje nødvendig bevis

I Rt. 2004 s. 97:

«I tidligere praksis har problemstillingen vært om en fellende dom 'hovedsakelig' vil måtte bygge på de forklaringer det er spørsmål om å lese opp [...]

I Rt 2001 s. 29 [...] uttalte førstvoterende at det var 'en reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis'. Jeg bygger på den presisering - og antagelig modifikasjon - i vurderingstemaet som fremgår av avgjørelsen i Rt 2001 s. 29.»

Denne kursendringen ble *kritisert*:

- HR hadde ikke vist til noen EMD-dom som gjorde en slik innskjerping nødvendig
- Siden denne type begrensning må følge av EMK, stred dette – mente mange – mot gjeldende rett om *når* norsk rett må vike for folkeretten, jf. Rt 2000 s. 996 (enstemmig i plenum):

«... man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller *går lenger enn* det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår *statsskikk* bygger på, vil dette kunne være uheldig.

På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen.»

- Kriteriet var strengere enn de kriterier EMD hadde oppstilt, og HR hadde ikke *konstitusjonell kompetanse* til på et lovregulert område å oppstille mer omfattende begrensninger enn dem som følger av EMDs praksis.
- Dette var i så fall en *lovgiveroppgave*

- Kriteriet er også *uhensiktsmessig*, siden det forutsetter at Høyesterett vurderer hva som foreligger av bevis i saken og hvor mye som kreves for domfellelse (spørsmål HR normalt ikke skal befatte seg med)
- Og hva hvis beviset bare var den siste (nødvendige) dråpen i begeret? Altså ikke et hovedbevis, men likevel «nødvendig»...

- Rt 2004 s. 1789 - Tilbake til utgangspunktet

EMD 2001: *Lucà v. Italia*.

Det var et brudd på art. 6 «where a conviction is based *solely or to a decisive degree* on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the pre-trial stage or at the trial”.

Rt 2004 s. 1789, i drøftelse av *Lucà*-saken:

«Vurderingstemaet som EMD her stiller opp, er altså om en fellende dom *bare eller i avgjørende grad* vil være basert på vitneforklaringer som er avgitt av personer som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre.»



«Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt den endrede måten å formulere vilkårene for å lese opp forklaringer er uttrykk for et endret syn på hvilke krav som gjelder.

Avgjørende for meg er at § 296 ikke selv stiller opp begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Jeg finner derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD.»



«Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelser som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.»

- Det siste står i kontrast til uttalelsen fra Rt 2004 s. 97:

«Jeg bygger på den presisering - og antagelig *modifikasjon* - i vurderingstemaet som fremgår av avgjørelsen i Rt 2001 s. 29.»

- Begrensningen gjelder også dersom det er snakk om å la en politibetjent gjengi forklaringen i retten (jf. *Delta v. Frankrike*, EMD, 1990)
- Antakelig unntak fra hovedregelen når:
 - Tiltalte har (selv eller via andre) presset vitnet til å utebli
 - Vitnet er død + alvorlig straffesak

- Press fra tiltalte:

Rt. 1994 s. 469:

«[J]eg legger til grunn at det er press fra domfelte som er årsak til at vitnene ikke ville forklare seg for retten. I denne situasjonen kan det ikke være i strid med kravet til «fair trial» at domfelte ikke fikk eksaminere vitnene. Han har selv valgt å fremtvinge den situasjon han beklager seg over.»

- Press fra andre:

Mulig hjemmel: Lucà v. Italia (EMD, 2001):

«As the Court has stated on a number of occasions ..., it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage (in particular, where a witness refuses to repeat his deposition in public owing to fears for his safety, a not infrequent occurrence in trials concerning Mafia-type organisations).»

- Vitnet er død:

Rt 1992 s. 792 (saken stod og falt med forklaringen til et avdød vitne):

«Jeg forstår lagmannsrettens kjennelse slik at den har funnet at det ikke er rom for noen totalvurdering når det må legges til grunn at en politiforklaring [...] vil være helt avgjørende ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. Etter mitt syn er dette for rigorøst.»



«Også i disse tilfellene må det være rom for en totalvurdering. Det ledende synspunkt må være hensynet til 'fair trial', men hvor meget som i denne forbindelse kan kreves, må også sees i sammenheng med de muligheter som foreligger for bevisføring som tilfredsstillende de formelle krav konvensjonen stiller.»



«Det må ellers blant annet tas hensyn til forbrytelsens art, om det er grunn til å betvile riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet. Jeg peker på at det vil kunne virke støtende om man ut fra rent formelle betraktninger skal avskjære den eneste mulige bevisføring i en alvorlig straffesak.»

- Betydningen av politiets opptreden

Rt. 1991 s. 1096:

«Da det viste seg at B - av grunner det er unødvendig å komme inn på - bare ville avgi forklaring for politiet, måtte det etter min oppfatning vært nærliggende å varsle forsvareren om dette og gitt ham anledning til å være til stede under politiavhøret, selv om dette ville innebære et par dagers utsettelse.»



«[H]vis det forut for hovedforhandlingen er utsikter til at et sentralt vitne ikke vil forklare seg for den dømmende rett, vil det være av vesentlig betydning at etterforskningen innrettes med dette for øye.»

- Betydningen av at forsvareren eller tiltalte har fått spørsmål til vitnet på et *tidligere stadium* av saken

EMD allerede i *Unterpertinger*-saken:

«... an opportunity *at any stage* in the earlier proceedings to question the persons whose statements are read out at the hearing».

Lucà v. Italia (EMD, 2001):

EMK art 6 krevde en “opportunity to examine or to have examined, *whether during the investigation or at the trial*”.

- Betydningen av forsvarerens opptreden

Solakov. V. Macedonia (EMD, 2001):

“[T]here is no indication that the applicant or his second lawyer expressed any intention to attend the cross-examination of the witnesses in the United States. [T]he applicant declared before the investigating judge that he had left the decision whether or not to go to the United States to his second lawyer and that he had sufficient means to cover the travel expenses.”

«The applicant's second lawyer never filed an application for a visa with the United States embassy and never requested the postponement of the hearing of the witnesses in case he thought he did not have sufficient time to obtain it.»

- Tiltalte unnlater å møte til avhør med vitnet

Artner v. Østerrike (EMD, 1992):

«In the present case it should be noted in the first place that from June 1983 to June 1986 the applicant's absence made it impossible to organise a confrontation between him and Miss L [fornærmede].»



«Accordingly, the fact that it was impossible to examine her at the hearing did not, in the circumstances of the case, infringe the rights of the defence to such an extent that it constituted a breach of [Artikkel 6 nr. 1 og nr. 3d].»

Betydningen av om vitnet er til stede i retten eller ikke

- Når vitnet IKKE er til stede, OG det ikke har vært kontradiksjon på tidligere stadium, gjelder *hovedbevislæren*
- Fra denne regelen gjelder noen få unntak:

- Vitnet er død
- Tiltalte (eller hans hjelpere) har presset vitnet til ikke å møte
- Tiltalte/forsvareren har tidligere hatt anledning til eksaminering
- Tiltalte/forsvareren har ikke møtt til konfrontasjon

- Når vitnet ER til stede og ikke vil svare på spørsmål i retten

Høyesterettspraksis før Rt. 2003:

- Ville i slike situasjoner ikke tillate opplesning av *hovedbevis*

- *Så kom Peltonen v. Finland* (EMD, 1999)

I narkosak mot Peltonen ble tidligere forklaring lest opp under hovedforhandling, fordi vitnet nektet å si noe som helst. Vitnet ville heller ikke besvare noen av spørsmålene forsvareren. Forklaringen var et *hovedbevis*, men EMD godtok opplesning med følgende begrunnelse:



«While N.'s persistence to remain silent may have made further questioning futile, [this does not justify] the conclusion that the judicial authorities denied the applicant the possibility of examining witnesses in conformity with Article 6 [...].»

- Dette var en mer nyansert regel enn hovedbevislæren

Rt. 2003 s. 1808:

«Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen [...] tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen.»

«Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare [...].»



«EMK art. 6 nr. 3(d) er begrunnet i prinsippet om 'equality of arms' (partslikhetsprinsippet), og dersom tiltalte eller hans forsvarer har fått anledning til å stille spørsmål, er dette prinsippet tilfredsstillt, selv om vitnet nekter å svare.»

- Det avgjørende er ikke om det faktisk blir stilt spørsmål – og enda mindre om de blir besvart, men om det har vært *adgang* til det.

- NB: Husk at dersom det ikke er snakk om et hovedbevis, kan opplesning alltid skje; også om det verken før eller under hovedforhandling har vært adgang til krysseksaminering.

Nærmere om *Kaste og Mathiesen-saken* (EMD, 2006)

- Her hadde medtiltalte D nektet å forklare seg under ankeforhandlingen, jf. § 123
- Ds politiforklaring ble tillatt opplest
- Høyesterett fant at det *ikke* forelå saksbehandlingsfeil

«Etter at [Ds politiforklaringer] var opplest, ønsket As forsvarer å stille D et spørsmål. Begrunnelsen var at det i en av politiforklaringene var protokollert at D på et tidspunkt hadde gitt uttrykk for at avhøret inneholdt så mange feil at han ikke så noen hensikt i å gjennomgå det ytterligere.»



«Rettsformannen minnet om at D hadde påberopt seg sin rett til ikke å avgi forklaring, og at det derfor ikke ville bli tillatt å stille direkte spørsmål til ham, men rettsformannen spurte likevel D om han nå ønsket å avgi forklaring, helt eller delvis. D meddelte at han fortsatt ikke ønsket å gi forklaring, heller ikke til det spørsmål han 'hadde hørt fra advokat Storrvik'.»



Høyesterett fant videre at når det gjaldt så sentrale bevis

«vil opplesning regelmessig måtte avskjæres med mindre tiltalte har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet [...]. Det er lagt til grunn at det normalt er tilstrekkelig at tiltalte på et eller annet stadium i saken har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet.»



«I vår sak hadde de øvrige tiltalte ikke hatt anledning til å stille spørsmål til D under tingrettens behandling eller på et annet tidspunkt forut for lagmannsrettsbehandlingen. For lagmannsretten benyttet D seg av sin rett som tiltalt i saken til å nekte å avgi forklaring. Etter opplesningen av hans politiforklaringer spurte rettsformannen - etter en henvendelse fra As forsvarer - på ny om han ville avgi forklaring helt eller delvis.»



«Saken var med andre ord tilrettelagt slik at de øvrige tiltaltes forsvarere skulle ha mulighet til å utspørre D, men hans manglende forklaringsvilje gjorde en reell eksaminasjon umulig.»



«Et alternativ for lagmannsretten kunne [...] vært å utsette hovedforhandlingen [...] til det forelå rettskraftig dom i forhold til D. Han ville i så fall hatt vitneplikt i saken mot de øvrige. [...] Etter mitt syn ville det være uheldig om prosessreglene skulle medføre at utsettelse på et slikt grunnlag [...].»



«Jeg er etter en helhetsvurdering kommet til at
forfølgningen mot A og B må anses å
tilfredsstillende de krav EMK art. 6 stiller til en
forsvarlig og rettferdig rettergang [..].»

- EMD fant imidlertid at dette var en krenkelse:

«The Court considers that the appearance of a witness is a prerequisite for the defence's opportunities to confront the witness. However, there must *also* be a proper and adequate opportunity to question the witness.»



«[T]he High Court [decided] that, since D had invoked his right of silence [§ 123], it would not be permitted to question him directly. It is true that the President nevertheless asked D if he wished to give oral evidence in full or in part, and that D replied that he still did not wish to give oral evidence even in relation to the specific question put to him.»



«[E]ven at this stage, with the President of the High Court acting as an intermediary filter between the second applicant – the defendant – and D – the witness – it cannot be said that the second applicant was given a real opportunity to confront D.»



«Furthermore, the Court is not convinced that, had the applicants been afforded an opportunity to question D directly, this could not have been reconciled with D's right not to answer those questions that might have incriminated him.»

- Retten må altså pålegge den medtaltede til å gå den vanskelige balansegangen mellom å være vitne i saken mot en annen (med forklaringsplikt) og å selv være medtalt (uten forklaringsplikt)

«Opplesning av politiforklaringer»

Høyesterettsdommer Jens E. A. Skoghøy, 4. des. 2006

«EMD kom i dommen av 9. november 2006 [Kaste og Mathiesen] til at lagmannsretten gjennom sin håndtering av saken hadde krenket siktedes rett til krysseksaminasjon. Men når EMD kom til dette, var det ikke fordi lagmannsretten hadde tillatt opplesning av politiforklaringen, men fordi retten ikke hadde gitt siktede eller hans forsvarer en reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet.»

«Høyesterett hadde i sin avgjørelse lagt til grunn at den medtiltaltes forklaring utgjorde et avgjørende bevis (Rt. 2004 s. 97), og som jeg har påpekt ovenfor, er det da et vilkår for opplesning at siktede på et eller annet stadium av prosessen har fått skikkelig og hensiktsmessig adgang til å stille spørsmål til vitnet. Når lagmannen hadde nektet de tiltaltes forsvarere å stille spørsmål direkte til vitnet, skulle Høyesterett derfor ha opphevd lagmannsrettens dom.»

«Jeg er her enig med EMD. Ved at lagmannen nektet forsvarerne å stille spørsmål direkte til vitnet, kunne de tiltalte og deres forsvarere ikke sies å ha fått en reell rett til å krysseksaminere vitnet. Selv om vitnet erklærte at det ikke ville gi forklaring, vil det ikke kunne utelukkes at vitnet kunne ha svart på spesifikke spørsmål fra forsvarerne.»

«Etter EMDs dom [...] må det etter min oppfatning anses ettertrykkelig fastslått at såfremt siktede eller hans forsvarer blir gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet, kan politiforklaringer leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn til å nekte å forklare seg.»

«I tilfeller hvor vitnet har rett til å nekte å forklare seg, må det imidlertid gå en grense for hvor langt krysseksaminasjonen kan drives.

[Det vil] krenke vitnets rett til å nekte å forklare seg [etter strpl. § 123] dersom vitnet blir utsatt for utilbørlig press i retning av å avgi forklaring.»

Oppsummering - opplesning av vitneforklaring

- Norsk rett krever umiddelbarhet
 - §§ 296 og 297 tillater i visse tilfeller opplesning
- Opplesningen må ikke være en 'fortsatt krenkelse' av *vitnets* rettigheter

- I forhold til *siktedes* rettigheter kan forklaring som ikke er et 'hovedbevis' alltid leses opp
- Et 'hovedbevis' kan leses opp hvis siktede på et eller annet stadium har hatt rimelig anledning til å krysseksaminere
- Ellers bare helt unntaksvis:
 - Død
 - «Mafiapress»
 - Siktede har valgt ikke å krysseksaminere

- Vitnets tilstedeværelse er i seg selv ikke avgjørende
 - Vilkårene i §§ 296 + 297 må være oppfylt
 - Vitnets rettigheter må ivaretas
 - Siktedes rettigheter må ivaretas (jf. EMK)
- Også en *medtalt* kan krysseksamineres uten at det er i strid med selvinkrimineringsvernet

VERNETINGSREGLER

§ 10. Hovedforhandling holdes i den rettskrets der den straffbare handling antas foretatt eller i en av de rettskretser der den kan være foretatt.

§ 11. Er det her i riket ikke noe verneting etter § 10, eller ville forfølgning ved noen av disse medføre vesentlige ulemper for siktede eller vitner, eller uforholdsmessig forsinkelse eller utgift, kan hovedforhandling holdes der siktede bor eller oppholder seg, eller der saken antas lettest å kunne bli opplyst.



§ 12. Enkeltstående rettshandlinger foretas som regel i den rettskrets der den person som skal avhøres bor, eller oppholder seg, eller der den ting som rettshandlingen gjelder, antas å være.

§ 14. Straffbare handlinger som påtales i én sak etter § 13 [forening av saker] første ledd, kan forfølges i enhver rettskrets der noen enkelt av dem kunne ha vært forfulgt.

§ 15. Med samtykke av den rett saken er brakt inn for, kan påtalemyndigheten overføre forfølgningen til et annet sted der det er verneting for saken.

PROSESSFORUTSETNINGER OG AVVISNING

- *Visse forutsetninger* for at retten kan realitetsbehandle en sak
 - Absolutte prosessforutsetninger
 - Relative prosessforutsetninger
 - Avvisning ved kjennelse

- Eksempel på relativ prosessforutsetning:

§16. Med siktedes samtykke kan vernetingsreglene fravikes. Dersom siktede møter, prøver retten ikke av eget tiltak om saken er brakt inn for rett vernetting.

En relativ prosessforutsetning må påberopes så snart det er anledning til det.

§285 tredje ledd. Innsigelser som ikke kommer i betraktning uten at de blir påberopt av en part, er forspilt om de ikke blir satt fram så snart det er adgang til det.

- Ellers er prosessforutsetningene i straffesaker gjerne absolutte
- Men manglene kan ofte avhjelpes:

§ 285 annet ledd. Retten skal gi adgang til å avhjelpe feil som hindrer fremme av saken, og innrømme den nødvendige utsettelse

- Eks. ikke vurdert «allmenne hensyn» ved legemsfornærmelse hvor det ikke foreligger påtalebegjæring fra fornærmede, jf. §282:

Offentlig påtale finner ikke sted uten fornærmedes begjæring med mindre...

e) allmenne hensyn krever påtale

- Kan konstateres helt fram til *domsavsigelse*

- Eller sak er reist av inkompetent påtalemyndighet - kan ringe statsadvokaten.

- Må være en reell vurdering.

Jf. Rt. 1970 s. 833 (referert til ovenfor).

Også Rt. 1980 s. 1584:

Statsadvokaten tiltrådte siktelsen pr. telex, uten å ha sett saksdokumentene. Ca. 1 uke tidligere hadde han imidlertid hatt til behandling en siktelse mot en annen gjerningsperson for de samme forhold. Forsvareren reiste da ingen innsigelse mot saksbehandlingen.

- Prosessforutsetningen må foreligge når avvisningsspørsmålet tas opp til avgjørelse
- Hvis retten har oversett en avvisningsgrunn og avsagt dom, er det en saksbehandlingsfeil som ved anke må føre til opphevelse av dommen

DOMSTOLENS AVGJØRELSER; SKYLD- OG STRAFFESPØRSMÅL M.V.

- Prosessuelle avgjørelser (saksbehandling)
- Materielle avgjørelser (sakens realitet)

- Skyldspørsmålet

§ 33. Over skyldspørsmålet blir det stemt særskilt.

→ alle stemmer for frifinnelse skal legges sammen, selv om de bygger på ulike grunnlag

- Ved anke fra tingrett:

→ Helt ny behandling av skyldspørsmålet

§ 331. Skal ankeforhandling ved lagmannsrett omfatte bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, foretas en fullstendig ny behandling av saken så langt den er henvist.

- Alvorligste saker (+6 år) → jury (lagrette)
- Juryen avgjør skyldspørsmålet, mens utvalg fra juryen + dommerne avgjør straffeutmålingen

§ 355. Lagretten skal ha 10 medlemmer.

§ 363. Etter at bevisførselen om skyldspørsmålet er slutt, legger aktor fram utkast til de spørsmål som skal forelegges for lagretten. Forsvareren gis anledning til å uttale seg om utkastet. ...

Rettsens leder utarbeider spørsmålene og forelegger dem for partene. ...

364. Gjenstand for spørsmålene er det forhold som tiltalen gjelder.

Et spørsmål må bare gjelde én tiltalt, så vidt mulig bare ett straffbart forhold og bare én straffebestemmelse.

§ 365. Alle spørsmål skal stilles slik at lagretten kan svare ja eller nei.

§ 369. Lagretten trekker seg deretter tilbake i enerom for rådslagning. Den skal ta med seg spørsmålsskriftet som rettens leder har undertegnet.

§ 372. Til et svar som er til ugunst for tiltalte, kreves *minst sju stemmer*. Det skal tilføyes i svaret at det er gitt med flere enn seks stemmer.

Stemmetallet må ikke i noe tilfelle opplyses nærmere.

Et lagrettemedlem som har stemt for frifinnelse i hovedspørsmålet, deltar ikke i avstemningen om hvorvidt det foreligger slike særlige omstendigheter som nevnt i § 367, men anses som om han hadde tiltrådt den stemmegivning som er gunstigst for tiltalte.

§ 376. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, avsier retten frifinnelsesdom såfremt den ikke treffer beslutning etter § 376a.

376a. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, men retten finner det utvilsomt at han er skyldig, kan den med enstemmighet beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere. Ved den nye behandlingen settes lagmannsretten som meddomsrett.

(Jf. sak omtalt i media desember 2012.)

§ 376c. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte er skyldig, men retten finner at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for hans skyld, kan retten beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere.

- Hva hører til skyldspørsmålet?
- Alle de objektive + subjektive vilkår som kreves oppfylt for straff etter straffebudet
- De fire straffbarhetsvilkårene:
 - Gjerningsbeskrivelsen
 - Skyld
 - Fravær av straffrihetsgrunner
 - Tilregnelighet

- Grenseland mellom skyld/straff
 - Foreldelse = straffespørsmål (men fastsettelse av tidspunktet = skyldspørsmålet)
 - Forsøk eller fullbyrdet? = skyld
 - Tilbaketreden fra forsøk = skyld
 - Om det foreligger provokasjon/retorsjon = skyld
 - Virkningen av provokasjon/retorsjon = straff

- Straffutmåling:

Eks: § 239. Den som uaktsomt ved bruk av våpen, ved motorvogn eller på annen måte forvolder en annens død, straffes med fengsel inntil 3 år eller *under særdeles skjerpene omstendigheter inntil 6 år*. Under særdeles formildende omstendigheter kan bøter anvendes.

- Vurderingen hører til straffespørsmålet

§ 33. Over skyldspørsmålet blir det stemt særskilt. Til skyldspørsmålet *regnes ikke* spørsmål om bortfall av straff på grunn av foreldelse eller forhøyd straff på grunn av gjentakelse, unntatt for så vidt angår tidspunktet da den påtalte handling ble foretatt.

- Hva med straffnedsettelsesgrunner?
- *Straffnedsettelsesgrunner* á la strl. §56 (overskridelse av nødverge, berettiget harme etc.) hører til straffespørsmålet; både å avgjøre om slike grunner foreligger *og* virkningen
- Likeledes §§ 55, 58, og 59

- Rt. 1960 s. 634:

55 år gammel gårdbruker i lagmannsretten dømt til fengsel i 6 år jf. strl. § 233 første ledd for å ha kvalt sin hustru om natten. Etter strl. § 56 punkt 1 b ble straffen nedsatt til fengsel i 3 år.

- Anken over saksbehandlingen skyldtes spørsmål nr. 2 til lagretten:

«Er den i 1. hovedspørsmål anførte handling forøvet under tvang eller under forbigående sterk nedsettelse av bevisstheten som ikke er en følge av selvforskyldt rus?»

«Jeg er enig i at det var uriktig å stille dette spørsmål [...]. Spørsmålet tar åpenbart sikte på om strl. § 56 kan anvendes, men § 56 er en straffutmålingsregel [...]. Men det er unødvendig å gå inn på om feilen kan ha hatt betydning for rettens resultat, fordi det også er anket over straffens størrelse. Jeg skal i forbindelse med denne del av anken drøfte om strl. § 56 kan anvendes.»

[Straffen satt ned til 3 år.]

- Hva med overføring til tvungent psykisk helsevern, jf. strl. § 39?

Strpl. § 2 bestemmer at loven gjelder for «sak om overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39 eller tvungen omsorg etter straffeloven § 39 a»

«I saker om krav som nevnt i denne paragraf gjelder lovens regler om skyldspørsmålet tilsvarende så langt de passer. For øvrig anvendes reglene om fastsetting av straff.»

NÆRMERE OM VOTERINGSMÅTEN

§ 31. Har retten flere medlemmer, skal den holde rådslagning og stemmegivning for stengte dører før dom blir avsagt, såfremt de ikke straks blir enige om avgjørelsen.

§ 35. Avgjørelse av skyldspørsmålet til ugunst for siktede krever i lagmannsrett fem [av sju] stemmer. I saker som behandles med lagrette, gjelder § 372.

Med lagrette:

§ 372. Til et svar som er til ugunst for tiltalte, kreves minst sju stemmer. Det skal tilføyes i svaret at det er gitt med flere enn seks stemmer.

[I tingrett med tre medlemmer, kreves to stemmer.]

- Hva skal altså til for at tiltalte skal bli kjent skyldig?
- Hvert enkelt jurymedlem skal svare om det foreligger rimelig tvil om tiltaltes skyld, og syv av dem må finne at det ikke foreligger slik tvil.
- Merk: I USA kreves enstemmighet (alle 12)

BEVIS ERVERVET PÅ ULOVLIG ELLER KRITIKKVERDIG MÅTE

- Det er kanskje «fristende» for politiet å bruke kreative metoder
- Dersom politiet har brutt loven ved innhenting av beviset; skal det avskjæres?
- Norsk rett er pragmatisk

- Retten må ta standpunkt til dette dersom det reises under hovedforhandlingen
- Dommen kan evt. ankes etterpå av partene
- Uansett: Fremgangsmåten kan svekke bevisets troverdighet, og retten legger kanskje ikke vekt på det
- Regler om avskjæring er utviklet av Høyesterett, i lys av EMD-praksis

- Hvis bruken av beviset er en fortsatt krenkelse – skal som hovedregel *avvises*
- Eks. en leges politiforklaring er i strid med taushetsplikten
- Når føring av beviset *ikke* representerer en «fortsatt krenkelse» - en interesseavveining

Rt. 1999 s. 1269 gjaldt skjult lydopptak i strid med selvinkrimineringsvernet (Ullersmo)

Vernet mot tvungen selvinkriminering følger av SP art. 14 nr. 3(g) og innfortolket i EMK art. 6 (1)

§ 232 første ledd. Før det foretas avhør av mistenkte, skal han gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.

Under etterforskning av Bs rømming samarbeidet politiet med innsatt C. I samtale mellom C og A sa A seg villig til å bistå ved en ny rømning, og mot et vederlag på kr 80.000 å tegne en skisse av fengslet. Denne skulle overleveres til en medhjelper D utenfor Mega på Y. Da A møtte frem for å overlevere skissen, ble han møtt av politibetjenten D i sivil.

D var utstyrt med skjult opptaksutstyr. Før pengene ble overlevert, ble A spurt om hans deltakelse i Bs rømning. Samtalen ble tatt opp på bånd, og A innrømmet at han hjalp B å flykte, og forklarte nærmere hvordan det skjedde.

Høyesterett uttalte:

«[D]e beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, er ulovlig ervervet [brudd på selvinkrimineringsvernet], og det blir da spørsmål om hvilken betydning dette skal ha.»



«Under forberedelsen av straffeprosessloven ble det vurdert å lovregulere i hvilken utstrekning ulovlig ervervede bevis skulle tillates benyttet. Det ble imidlertid funnet vanskelig å utforme nærmere lovregler om dette, og spørsmålet ble derfor overlatt til domstolene å løse [...].»



«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 ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, *hvor alvorlig eller viktig saken er*, og *bevisverdien* av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.»



«I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til [bevisene] 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. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret.»

- Det er altså ikke ethvert ulovlig ervervet bevis som må avskjæres som bevismiddel.
- Totalvurdering av om bruken av beviset må anses som en fortsatt rettskrenkelse – da er hovedregelen avskjæring – samt grovheten av krenkelsen, om vedkommende hadde plikt til å forklare seg, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset.

- I *Treholtsaken* tok politiet seg ulovlig inn i Treholts leilighet og beslagla pengehoffert
- Spørsmålet om ulovlig ervervet bevis var oppe i gjenopptakelsessaken

«Det er på det rene at ransakingene ble gjennomført uten at bestemmelsene i [straffeprosessloven] ble fulgt. Utvalget legger til grunn at det ikke rent faktisk var noe til hinder for å varsle A, men at man av hensyn til etterforskningen ikke fant det formålstjenlig å varsle ham.»



«Kjæremålsutvalget kan ikke se at det er i strid med EMK artikkel 6 at bevis som er ervervet ved en ulovlig eller straffbar fremgangsmåte, etter en nærmere vurdering blir tillatt ført. [...] Det må således etter utvalgets syn foretas en avveining av hensyn for og imot at 'pengebeviset' kan tillates brukt som bevis ved domstolsbehandlingen av straffesaken.»



«Utvalget finner at det må legges til grunn at tilsidesettelse av regelverket ikke har hatt innvirkning på de bevis det her gjelder. I forbindelse med den tidligere gjenopptakelsesbegjæringen ble As innsigelser mot bevismaterialet grundig belyst, uten at kjæremålsutvalget fant at det heftet feil ved 'pengebeviset'.»



«Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart.»



«Utvalget vil også bemerke at 'pengebeviset' bare var ett av flere bevis som ble påberopt fra påtalemyndighetens side. [...] Utvalget legger videre til grunn at både tiltalte og hans forsvarere var kjent med det bevismaterialet ransakingene ga.»



«Etter kjæremålsutvalgets syn var det ingen feil at beviset ble tillatt ført, og det må anses utvilsomt at lagmannsretten ville ha tillatt bevisføringen, også om spørsmålet om å nekte dette var blitt tatt opp av As forsvarere slik det nå er gjort i gjenopptakelsessaken.»



«Kjæremålsutvalget finner således at det ikke vil foreligge noen gjenopptakelsesgrunn [...] selv om det skulle være riktig at det foreligger straffbare forhold i forbindelse med ransakingen, noe utvalget derfor ikke har funnet grunn til å gå inn på.»

- Her illustreres også dette momentet: Fremstår beviset som pålitelig?

FORHOLDET MELLOM TILTALEBESLUTNING OG DOM

- Tiltalebeslutningen trekker opp rammen for saken
- Men er retten bundet av den?

§ 38. Retten kan ikke gå utenfor det forhold tiltalen gjelder, men er ubundet av den nærmere beskrivelse med hensyn til tid, sted og andre omstendigheter. Bare når den finner særlig grunn til det, prøver retten om det foreligger omstendigheter som ville bringe forholdet inn under en strengere straffebestemmelse enn etter tiltalen.

Med hensyn til det straffebud som skal anvendes på forholdet, er retten ikke bundet av tiltalen eller de påstander som er fremsatt. Det samme gjelder med hensyn til straff og andre rettsfølger. →

Før retten bruker et annet straffebed enn tiltalebeslutningen, eller idømmer en annen rettsfølge eller et større inndragningsansvar enn påstått, skal den gi partene anledning til å uttale seg om spørsmålet. Siktede skal få en passende utsettelse når retten finner det ønskelig for forsvaret.

- Retten kan ikke ta opp andre straffbare forhold, men når det gjelder det nærmere faktum, skal den legge til grunn det som kommer fram under hovedforhandlingen
- Finner retten det bevist at et strengere straffebud er anvendelig, skal dette legges til grunn
- Men det er en begrenset plikt for retten til å vurdere dette (jf. «særlig grunn»)

- Dersom retten finner at et «tyveri» er et «grovt tyveri», er retten ubundet av tiltalen
- Partene skal i så fall gis tid til å uttale seg

- Hva ligger i «samme forhold»?
- Forholdet skal ikke endre identitet
- Må bygge på *samme faktum*

- Man kan være tvil

Rt. 1954 s. 653:

Domfelte var tiltalt etter strl. § 239 for ved uaktsomhet å ha forvoldt en annens død, «derved at han søndag den 13. september 1953 som fører av bil D-25671 på veien fra Drevsjø til Femundenden kjørte med stor fart, antagelig langt over 60 km i timen og påvirket av alkohol».

Under hovedforhandlingen føyet aktor til følgende alternativ:

«eller derved at han overløt kjøringen til den påvirkede og ikke kjørekyndige B, med den følge at bilen ved Femundåsen skar ut av veien og veltet, hvorved B som var med i bilen, ble påført så store skader at han kort etter avgikk ved døden.»

- Var dette en utvidelse av tiltalebeslutningen som ikke kunne foretas uten domfeltes samtykke?

HR: «Jeg er ikke enig i at det her foreligger en feil ved saksbehandlingen. Tiltalebeslutningens punkt 1 går ut på at tiltalte uaktsomhet har forvoldt en annens død. Det nye alternativ som er føyet til, innebærer ikke at tiltalen er utvidet til en annen straffbar handling, men angår det samme straffbare forhold som omhandles i første alternativ. Ved rettelsen er det bare gitt en *alternativ beskrivelse* av måten det straffbare forhold kunne være begått på [...].»

HR drøftet deretter et *strafferettslig* spørsmål:

«[F]orsvareren har reist spørsmålet om tiltalte kunne dømmes etter straffelovens § 239 hvis han ikke selv kjørte bilen i ulykkesøyeblikket, men hadde overlatt kjøringen til den andre, slik som beskrevet i siste alternativ i spørsmål 1. Jeg kan ikke finne det tvilsomt at et forhold som omhandlet i annet alternativ i spørsmål 1 kan rammes av straffelovens § 239.»

[«Den som uaktsomt ved bruk av våpen, ved motorvogn eller på annen måte forvolder en annens død»]

- Vær oppmerksom på forholdet mellom strpl. § 38 om «det forhold tiltalen gjelder» og § 51 om dommers rettskraft (som behandles nedenfor)

HOVEDFORHANDLINGEN

§ 305. Ved avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er ført under hovedforhandlingen.

- Også bevisumiddelbarhet (ikke bare lese saksdokumentene)

§ 290. Gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som tiltalte tidligere har gitt i saken, kan bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom hans forklaringer, eller når det gjelder punkter som han nekter å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker, eller såfremt han ikke møter. Det samme gjelder skriftlig erklæring som han tidligere har gitt i anledning saken.

- Når tiltalte ikke møter, er det ingen begrensning i opplesningsadgangen

- Men det er begrenset adgang til å behandle en slik sak overhodet:

§ 281. I sak om straffbar handling hvor påtalemyndigheten ikke vil påstå idømt fengsel i mer enn ett år, kan hovedforhandling fremmes selv om tiltalte ikke er til stede, såfremt hans nærvær ikke finnes nødvendig for sakens opplysning [...]

§ 296. Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det. [...]

Opplesning av tidligere forklaring når:

- motstrid
- nekter å uttale seg/husker ikke husker

§ 297. Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen [...]

- muntlig avhør ikke er mulig
- uforholdsmessig ulempe eller utgift.

- §§296 og 297 må leses i lys av EMK
- Særlig art. 6(1) nr. 3 (d) – eksaminasjonsretten
- Jf. gjennomgangen overfor

- Merk særregelen i § 298(1) om vitne under 16 år i sedelighetssak. Her skal

«opplesing, videoopptak eller lydopptak av en forklaring [...] tre i stedet for personlig avhør, når ikke retten av særlige grunner finner at vitnet bør gi forklaring under hovedforhandlingen».
- Regler om sakkyndige og lydopptak i §§ 299 og 300

- Begrunnelse: Umiddelbarhet mer til å stole på
- Unntaksvis mulig med middelbart; men eksaminasjonsretten ...
- Forklaringer som ikke er avgitt *i anledning saken* kan leses opp (eks. lese fra innstilling)

Rt. 1968 s. 762 (injuriesak):

«Innstillingen fra en offentlig oppnevnt granskningskommisjon, som den det her gjelder og som ikke er avgitt med sikte på eller i sammenheng med den foreliggende sak, kan ikke anses omfattet av straffeprosesslovens regler om innskrenkninger i bevisførselen ut fra bevisumiddelbarhetsprinsippet.»

Gangen i hovedforhandlingen:

§ 289. Forhandlingen om selve det forhold tiltalen gjelder, begynner med opplesing av tiltalebeslutningen. Rettens leder spør så tiltalte om han erkjenner seg skyldig, og oppfordrer ham til å følge forhandlingen med oppmerksomhet.

Deretter får aktor ordet for å forklare hva som er gjenstand for tiltalen, og kort nevne de bevis som vil bli ført. [Innledningsforedrag]

- Avhør av tiltalte

§ 90. Første gang siktede møter for retten, skal han spørres om navn, fødselsår og -dag, stilling og bopel, og gjøres kjent med siktelsen og at han ikke har plikt til å forklare seg.

§ 91. Rettens leder spør siktede om han er villig til å forklare seg og oppfordrer ham i så fall til å forklare seg sannferdig.

Siktede avhøres først av rettens leder. Rettens øvrige medlemmer, påtalemyndigheten og forsvareren har deretter adgang til å stille spørsmål til siktede.

Retten kan overlate avhøringen av siktede til påtalemyndigheten og forsvareren.

Retten våker over at avhøringen skjer på en tilfredsstillende måte. Spørsmål som ikke kommer saken ved, skal avvises.

§ 92. Avhøringen skal skje på en måte som er egnet til å få en så vidt mulig sammenhengende forklaring om det forhold siktelsen gjelder. Siktede skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham.

§ 93. Under avhøringen må siktede ikke rådføre seg med sin forsvarer før han svarer på spørsmål som blir rettet til ham, hvis ikke retten samtykker i det.

Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham.

- Etter § 290 kan tiltaltes tidligere forklaring leses opp når tiltalte
 - ikke møter
 - motstrid
 - nekter å svare
 - ikke husker
- Men hva hvis tiltalte sier han «ikke orker»?

Rt. 1988 s. 314:



«Retten finner at den omstendighet at en tiltalt møter, men av medisinske grunner ikke er i stand til å forklare seg, må sidestilles med at vedkommende ikke har kunnet møte. [...]

Retten finner støtte for denne oppfatning [i lovens kommentarutave] hvor det heter at ‘det er bare når en tiltalt møter og gir en forklaring som helt ut stemmer med den tidligere at opplesning ikke er tillatt’.»

- Hva hvis det er prosessuelle feil ved avhøret; eks. ikke blitt gjort oppmerksom på retten til å tie etter § 290?
- Vurderes som bevis ervervet på uriktig måte
- Vil bero på en helhetsvurdering om beviset skal tillates ført (jf. ovenfor)

Rt. 1994 s. 1132:

Siktede hevdet i narkosak han var lovet «amnesti» under avhøret, i strid med § 92(2).

I en helhetsvurdering måtte retten vurdere om det faktisk var gitt løfter, og i så fall om beviset skulle avskjæres. HR uttalte at det kunne være støtende å tillate bevis innhentet på slik måte, og dessuten kunne det svekke den innhentede forklaringens troverdighet.



Men HR uttalte også:

«Høyesterett har full kompetanse til å prøve herredsrettens bevisbedømmelse [og jeg] anser det som lite trolig at en erfaren politietterforsker på forhånd gir et [slikt løfte].»



«Herredsrettens flertall [fant at tvil om hva som ble sagt til A under avhøret] ‘må komme tiltalte til gode’. Dette er etter min mening en uriktig rettsanvendelse. Det er her tale om en prosessuell avgjørelse, og spørsmålet er *om et bevis skal avskjæres* fordi det eventuelt vil fremtre som støtende å benytte det.»



«I et slikt tilfelle mener jeg at retten må legge til grunn det saksforholdet som den *etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig*.

Den feil som her foreligger, kan ha hatt betydning for sakens utfall. Jeg finner derfor at herredsrettens dom med hovedforhandling må bli å oppheve.»

- Bevis om et vitnes vandel og troverdighet

§ 134. Bevisførsel om et vitnes vandel eller for å svekke eller styrke et vitnes troverdighet i sin alminnelighet må bare finne sted på den måte og i den utstrekning retten tillater. Det gjelder også bevisførsel om et vitnes tidligere seksuelle atferd. Slik bevisførsel bør nektes når den ikke antas å være av vesentlig betydning. Motbevis må alltid tillates.



Spørsmål om vitnet har vært straffet, skal som regel stilles og besvares skriftlig. Etter rettens bestemmelse kan samme fremgangsmåte brukes ved andre spørsmål om vitnets person eller privatliv.

Skriftlige erklæringer om et vitnes gode eller dårlige navn og rykte må ikke brukes.

- Kryssende hensyn må veies mot hverandre – et skjønn for retten («på den måte og i den utstrekning retten tillater»)
- Betydning i saken vs. mulig skade
- Skal styrke offerets stilling i voldtektssaker
- Gjelder bare tidligere seksuell atferd; ikke i (og rett forut for) den aktuelle saken:



- Rt. 1978 s. 1150:

«Etter en stund å ha sittet i en stol og spilt kort, heter det i fornærmedes politiforklaring: 'Klag. kan ikke si noe om hva som var grunnen til at hun og A gikk bort og satte seg på sengen hans.' Jeg tilføyer at fornærmede var 18 år, men hadde ifølge lagmannsretten en ikke liten seksuell erfaring. Hun må derfor i høy grad sies selv å ha lagt opp til en situasjon som var egnet til å misforstås av domfelte og som endte med voldtekt.» [Straffen ble redusert]

- Bevis angående vitnets *troverdighet i den aktuelle saken* står i en annen stilling, og tillates ført
- Vitnet (fornærmede) har f.eks. forklart seg annerledes tidligere i saken

- Bevis for tiltaltes tidligere vandel

§ 301. Når det fra forsvarets side føres bevis for tiltaltes gode vandel, kan påtalemyndigheten føre motbevis. Skriftlige erklæringer om tiltaltes gode eller dårlige navn og rykte må ikke brukes.

Ellers kan bevis for tiltaltes dårlige vandel bare føres i den utstrekning retten tillater. Bevis for tidligere domfellelse eller påtaleunndlatelse kan bare nektes ført når beviset er uten betydning for saken.

- For øvrig gir § 292(2) hovedregel om at bevis som er « for hånden» bare kan nektes ført dersom beviset
 - gjelder forhold som er uten betydning for dommens innhold
 - gjelder forhold som allerede er tilstrekkelig bevist, eller
 - åpenbart ikke har noen beviskraft

Rt. 1987 s. 92:

Tiltalen gjaldt voldtekt av tiltaltes daværende ektefelle. Vitnene (tidligere ektefelle, prest som hadde bistått i tidligere samlivsproblemer, samt tidligere samboer) skulle forklare seg om

‘tiltaltes tendens til vold og forulemping av kvinner han har hatt et forhold til forut for de tilfelle tiltalen gjelder’.



Høyesterett:

«Bevisførselen kan åpenbart ikke anses for å gjelde 'forhold som er uten betydning for saken', og den kan således ikke avskjæres etter strpl. § 292 annet ledd. Utvalget kan heller ikke se at det er grunnlag for å avskjære bevisførselen etter lovens § 301 annet ledd»



«[Jeg] legger i denne forbindelse særlig vekt på at den ikke gjelder tiltaltes vandel i sin alminnelighet, men hans atferd og handlingsmønster i relasjoner som etter omstendighetene kan ha klar og direkte bevisbetydning i forhold til de handlinger tiltalen gjelder.»

- Tidligere domfellelser er sikre bevis
- Nyttige for straffeutmålingen
- I *engelsk rett* ikke lov å trekke inn tidligere dommer før i straffespørsmålet (dog saker med 'similar facts')
- Hvorfor en slik regel i England? →

- Tiltalte skal dømmes for 'episodisk skyld' ikke 'karakterskyld'
- Den norske ordningen innebærer en risiko i så måte

Rt. 2007 s. 24:

En mannlig fysioterapeut var dømt for å ha forsøkt å skaffe seg seksuell omgang ved misbruk av stilling eller tillitsforhold, jf. strl. § 193(1), jf. § 49. Lagmannsretten begikk ikke saksbehandlingsfeil ved å tillate fremlagt et notat om *fire henlagte anmeldelser* mot tiltalte for forhold som hadde likhetstrekk med det tiltalen gjaldt.



«Heller ikke § 301 annet ledd vil gi grunnlag for avskjæring, når bevisførselen ikke dreier seg om tiltaltes vandel i sin alminnelighet, men om tidligere atferd som rent konkret kan ha betydning for bedømmelsen av foreliggende sak. [...] Jeg kan heller ikke finne noe grunnlag for å anta at disse synspunkter volder vansker i forhold til EMK art. 6.»



«Jeg finner for øvrig grunn til å presisere at i denne saken har lagmannsretten utelukkende benyttet de tidligere anmeldelsene som indikasjon på at tiltalte denne gang ikke forklarte seg riktig når han fremstilte fornærmede som initiativtaker til seksuell kontakt.»



«De henlagte saker har på denne bakgrunn bare hatt en rent indirekte betydning som bevis ved vurderingen av tiltaltes troverdighet. Derfor var det tilstrekkelig for lagmannsretten å konstatere at det forelå anmeldelser fra tidligere pasienter om utilbørlig seksuell atferd – det nærmere innholdet og bedømmelsen av anmeldelsene var ikke gjenstand for rettens oppmerksomhet.»

Fra forarbeidene:

«Å stille opp faste regler [om avskjæring] lar seg vanskelig gjøre. Stillingen er en helt annen enn i engelsk-amerikansk rett, hvor man har bygget opp et komplisert system av bevisregler med sikte på å beskytte juryen mot å bli influert av bevis som generelt antas å være mindre pålitelige.»

- Som en sikkerhetsventil besluttet man å innføre regelen om at en tidligere dom skal nektes dokumentert dersom den er «uten betydning for saken».
- Da vil det være en krenkelse som ikke har noe legitimt poeng å dokumentere

Prosedyren

- Partene skal argumentere i lys av det som er kommet fram under bevisførselen
- Ved nye relevante bevis, må retten gjenoppta bevisførselen
- Både bevis- og rettsspørsmål (juss og faktum)

TILTALTES UTEBLIVELSE

- I sivil sak – fraværdom (dog oppfriskning)
- Straffesak - § 294 hindrer gjerne slik dom

§ 294. Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen.

- Når kan saken pådømmes ved uteblivelse?

§ 281. I sak om straffbar handling hvor påtalemyndigheten ikke vil påstå idømt fengsel i mer enn *ett år*, kan hovedforhandling fremmes selv om tiltalte ikke er til stede, såfremt hans nærvær *ikke finnes nødvendig* for sakens opplysning, og tiltalte enten:

- 1) har samtykket i at saken behandles i hans fravær eller
- 2) er uteblitt uten at det er opplyst eller sannsynliggjort at han har gyldig fravær eller
- 3) er unnveket etter at tiltalebeslutningen er forkynt for ham

Ellers:

- Når ikke forkynt fordi tiltalte er unnveket (2. ledd)
- Aldri i sak om forvaring (3. ledd)
- Når frifinnelse eller avvising (4. ledd)

- Det blir uansett avgjørende om saken kan opplyses godt nok
- Hvordan vurderer retten bevissituasjonen?
- Kan f.eks. en tidligere forklaring leses opp etter §290?
- Er saken oversiktlig?
- Hvilke andre beviser?

- Kan uteblivelsen bli «brukt mot» tiltalte?
- Sml. hvor siktede møter, men ikke svarer:

§ 93 annet ledd. Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham.

- Ingen klar regel, må vurderes konkret

- Retten til ny behandling: Ikke «oppfriskning» – må anke

Strpl. § 282:

- Må sannsynliggjøre gyldig forfall
- Ikke lastes for at ikke meldte fra i tide
- I så fall tilbake til førsteinstans

DOMMENS STRUKTUR OG INNHOLD

- Dommens innhold:
 - Innledning
 - Domsgrunner
 - Domsslutning

- Hensynene bak domsgrunnene:
 - Skal sikre god overveielse
 - Partene må ta stilling til om de vil anke
 - Grunnlag for prøving i ankeinstans



- Domfelte skal forstå en domfellelse
- Allmennhetens/pårørendes behov
- Preventiv effekt av dommen

- Utilstrekkelig prøvingsgrunnlag?

§ 343 annet ledd. Følgende feil skal ubetinget tillegges virkning:

[...]

8) at domsgrunnene har mangler som *hindrer prøving* av anken.

§ 40. Ved dommer av lagmannsrett skal, når en lagrettekjennelse legges til grunn for dommen, domsgrunnene for skyldspørsmålet vedkommende bare bestå i en henvisning til kjennelsen.



I andre tilfelle skal, når siktede domfelles, domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bestemt og uttømmende angi det saksforhold retten har funnet bevist som grunnlag for dommen, og vise til det straffebed han dømmes etter. Når siktede domfelles, skal domsgrunnene også opplyse om de grunner retten har lagt vekt på ved fastsetting av straff og andre rettsfølger.

- Hvor grundig redegjørelse?

Rt. 2005 s. 1319:

«Domfelte har også gjort gjeldande at domsgrunnane ikkje gjer tilstrekkeleg greie for hovudpunkta i bevisvurderinga, jf. strpl. § 40(5). Det er ikkje meininga at retten skal gå i detalj når det gjeld det som er vektlagt i ei bevisvurdering.»



«Når det til dømes gjeld det at det vart funne hasj, er dette omstende som er så klare at det ikkje krev nærare omtale. Og når det gjeld spørsmålet om kva A visste, har A og B forklara seg ulikt og også endra forklaring etter at tingretten behandla saka. I ein slik situasjon vil ein domstol svært ofte måte avgrense seg til å seie kva den finn bevist.»

[Det skal mye til...]

- Må gis en beskrivelse av faktum som dekker *alle vilkårene* for straff; objektive + subjektive
- Noen ganger kan det være overflødig å konstatere forsett; hvis det er helt opplagt
- Formuleringen er f.eks. at tiltalte og fornærmede kranglet, og den ene slo. Her er det opplagt at det skjedde forsettlig.



Rt. 1982 s. 1797 [legemsfornærmelse]:

«Når det gjelder domfeltes generelle innvending mot manglende omtale av de subjektive betingelser for domfellelse, bemerker jeg at det må bero på det enkelte forhold hvorvidt og i hvilken utstrekning det er påkrevet at det i en dom sies noe herom. Det kan nemlig ligge slik an at de subjektive vilkår for straff *må ha foreligget*, og at det derfor er unødvendig å si noe spesielt om dette.»



- Dersom retten overser et straffbarhetsvilkår, vil det gjerne vise seg i at det relevante faktumet ikke er gjengitt
- Slik sett er begrunnelsen en sjekk på om retten har *tolket loven riktig*

- Ved *fortsatt forbrytelse* behøver ikke retten å spesifisere de enkelte handlinger; det er tilstrekkelig med en mer generell beskrivelse av hele forholdet
- Hvis retten nøyer seg med å *vise til tiltalen*, er det som hovedregel avgjørende om denne er inntatt i dommen

- Retten behøver ikke gå inn på straffrihetsgrunner (nødverge, nødrett etc.) når slike *ikke er anført*
- Sml. *studentens* dilemma på eksamen...



- Særlig vanskelig: Avgjørelser som er skjønnsmessige; f.eks. «uaktsom»
- Også her kan det ankes; dermed kan ikke underinstansen bare si «det var uaktsomt»



- Retten må beskrive de nærmere sider ved kjøringen som gjør den «uaktsom»
- Fart, kjøreforhold, farepotensial
- Sidene ved handlingen som gjør at lovens skjønnsmessige vilkår er oppfylt



Rt. 1982 s. 1290:

Sporvognsfører dømt i byretten til 24 dagers ubetinget fengsel for overtredelse av vtl. § 3.

«Når jeg er kommet til at domsgrunnene er mangelfulle, er det fordi de etter min mening ikke gir en tilstrekkelig beskrivelse av trafikkbildet og enkelte sider ved det hendelsesforløp som ledet frem til påkjørselen



«Retten har referert tiltaltes forklaring om at han kjørte i en fart av 10-15 km/t, og da den ikke uttaler seg nærmere om farten, går jeg ut fra at den har lagt tiltaltes forklaring til grunn for så vidt.

Men videre har tiltalte ifølge byretten forklart at det var stor trafikk av så vel gående som kjørende. Heller ikke dette kommer retten nærmere tilbake til i domsgrunnene.»



«På dette punkt var det etter min oppfatning behov for en nærmere redegjørelse. [...]

[Jeg] savner nærmere opplysning om hvorvidt det var andre fotgjengere i nærheten av trikkesporet. Var det flere fotgjengere der, vil det ved aktsomhetsvurderingen etter byrettens første alternativ være nødvendig å overveie i hvilken utstrekning tiltalte hadde foranledning til og mulighet for å konsentrere seg spesielt om denne ene fotgjenger.»



«[Det] er det for øvrig også behov for opplysning om hvor lang tid som stod til rådighet fra tiltalte tidligst var i stand til å se forulykkede.

Det ville også ha vært ønskelig med en nærmere drøftelse av forulykkedes bevegelser i forhold til sporvognen, og av hvorvidt hennes atferd var så irregulær at det var vanskelig for tiltalte å forutse den.»

[Byrettens dom opphevet]

- I en alvorlig sak kreves grundigere begrunnelse enn i en mindre alvorlig sak
- En frifinnende dom:

§40 fjerde ledd. Blir siktede frifunnet, skal domsgrunnene angi de vilkår for straffeskyld som antas å mangle, eller de omstendigheter som utelukker straff eller annen rettsfølge som det er fremmet krav om.

- Det er f.eks. ikke nok å si at «tiltalte frifinnes på grunn av nødverge»
- Det må beskrives *hvordan* vilkårene for slik straffrihet er oppfylt

Retten skal også begrunne straffen:

§ 40(2) [...] Når siktede domfelles, skal domsgrunnene også opplyse om de grunner retten har lagt vekt på ved fastsetting av straff og andre rettsfølger.

- Retten må angi skjerpende og formildende omstendigheter
- NB: Når det gjelder straffutmålingen, kan også Høyesterett vurdere bevisene ut ifra faktum i saken

Nærmere om jurykjennelse og domsgrunner (*Taxquet v. Belgia*)

Sakens bakgrunn:

Klager dømt av en belgisk *Assize*-domstol til fengsel i 20 år for overlagt drap på en belgisk minister og forsøk på drap på avdødes kone. Skyldspørsmålene var avgjort med bruk av jury.

- Spørsmålene til juryen (om han hadde begått drap og drapsforsøk, og om overlagt) var generelt utformet. Handlingen var ikke konkretisert ut over henvisning til tid og sted og hvem som var fornærmet.
- Klageren hevdet brudd på EMK art. 6 nr. 1 om «fair trial», fordi han ikke hadde fått begrunnelse, og fordi skyldspørsmålet ikke hadde vært undergitt ankebehandling.

- Belgia ble dømt av ordinært kammer og anket til storkammeret. England, Irland og Frankrike intervenerte og argumenterte for at juryordningen som sådan og det at det ikke ble gitt begrunnelse, var forenlig med EMK

EMD om juryordningen:

- Statene har et vidt spekter av ordninger. 10 stater har jury, 14 stater rene fagdomstoler og 24 stater meddomsrett
- Ulike krav til spørsmålsutforming, bevisgjennomgang, rettsbelæring, anonymitet, fagdommerbistand, begrunnelsesplikt og ankeadgang

- EMD: Ikke vår oppgave å standardisere medlemsstatenes prosessordninger, ei heller bruk av jury. Det vil kun bli tatt stilling til om den konkrete rettergangen oppfyller kravet til «fair trial» etter EMK art. 6.
- For at rettergangen skal anses rettferdig, må tiltalte og allmennheten gis grunnlag for å forstå kjennelsen. Dette er en avgjørende garanti mot vilkårlige avgjørelser.

- Skriftlig begrunnelse er ett mulig middel for å sikre forsvarlige overveielser og at det er mulig å føre kontroll.
- Begrunnelsesplikstens omfang er relativ, avhengig av avgjørelsens karakter og alvor.
- Det har i tidligere praksis vært forutsatt at spørsmålene sammenholdt med juryens svar tjener en slik funksjon.

- Det har vært konstatert krenkelse av konvensjonen der det ikke er stilt spesifikke spørsmål for hver tiltalt.
- Er ikke svaret på skyldspørsmålet begrunnet, kreves at andre mekanismer sikrer mot vilkårlighet og gir mulighet for kontroll, for eksempel instruksjoner og veiledning fra fagdommere, presis og utvetydig spørsmålsstilling eller ankeadgang.

Konkret prøving i *Taxquet-saken*:

- Her var det tiltalen og spørsmålsstillingen som kunne tjene som grunnlag for kontroll av kjennelsen. Storkammeret konkluderte med at verken tiltalen eller spørsmålene i tilstrekkelig grad klargjorde hvordan klageren hadde deltatt i drapet og drapsforsøket han var domfelt for.

- Tiltalen ble ansett utilstrekkelig, ettersom det ikke fremgikk hvilke bevis påtalemyndigheten kunne underbygge denne med.
- Spørsmålsstillingen ble funnet utilstrekkelig, fordi den ikke presist og spesifikt nok klargjorde på hvilket grunnlag domfelte var funnet skyldig. Heller ikke sett i sammenheng klargjorde tiltalen og spørsmålsstillingen hvilke bevis det var bygd på eller hvilke faktiske omstendigheter som var lagt til grunn for skyldkonstateringen.

- Manglende klargjøring av grunnlaget for skyldkonstateringen var særlig problematisk, fordi saken var svært kompleks; over to måneder med en rekke vitner og sakkyndige.
- Det at domfelte kun hadde mulighet til å anke over lovanvendelsen, gjorde at manglene ved behandlingen i førsteinstans ikke kunne avhjelpes med anke.

- Selv om fagdommerne etter belgisk rett har adgang til å tilsidesette skyldkjennelser ved mangler av substansiell karakter, var dette en sikkerhetsmekanisme som ble brukt meget sjelden, og derfor kun utgjorde en begrenset garanti for forsvarlig behandling.

Betydning for vår juryordning?

- Straffeprosessen må tilfredsstillе visse krav til saksbehandling. For sikre mot vilkårlighet må avgjørelsene være etterprøvbare og gi tilstrekkelig grunnlag for en overprøving.
- Vanskelig å si noe konkret om hvilke nærmere krav som stilles og hvor grensene går.

- I *Taxquet-saken* var spørsmålene generelt utformet, og det ble ikke klargjort hva som knyttet *domfelte* til handlingene. Slik spørsmålsutforming finner vi også i norske domstoler. Isolert sett vil vår praksis derfor kunne være problematisk i forhold til EMK.
- Det er imidlertid flere mekanismer her som ivaretar hensynet til å unngå vilkårlighet og gir mulighet for kontroll og overprøving.

- Krav til beskrivelse av handlingsforløpet i spørsmålsskriftet
- Fagdommernes plikt til å tilsidesette kjennelsen ved utilstrekkelig bevis for skyld
- Beskrivelse av handlingsforløpet under straffutmålingen
- Krav til tiltalebeslutning etter strpl. § 252

- Lite trolig at en ordinær norsk jurybehandling vil bli kjent konvensjonsstridig.
- Men: EMD fremholdt som argument for krenkelse i Taxquet-saken, at saken var kompleks og langvarig.
- I store, komplekse straffesaker med mange tiltalte kan det stilles spørsmål om svaret på enkelte skyldspørsmål fremstår som noe vilkårlig, og om avgjørelsen reelt sett lar seg godt nok etterprøve.

- Rt. 2009 s. 1439: Særlig begrunnelsesplikt der det er behov for en konkret forklaring av et springende punkt (resultat av *Taxquet-saken*)

TILSTÅELSESDOM

- Siden 1887
- Tidligere: Forhørsrettsdom
- Mye brukt; omtrent like ofte som ordinær dom
- Forenklet prosess uten hovedforhandling

§ 248. Etter begjæring fra påtalemyndigheten og med siktedes samtykke kan tingretten pådømme en sak uten tiltalebeslutning og hovedforhandling (tilståelsesdom), når retten ikke finner det betenkelig og saken gjelder



a) en straffbar handling som ikke kan medføre fengsel i mer enn 10 år, jf. annet ledd, og siktede innen retten har gitt en uforbeholden tilståelse som styrkes av de øvrige opplysninger,



b) en overtredelse av vegtrafikkloven § 22 jf. § 31, og siktede innen retten erklærer seg skyldig etter siktelsen, eller

c) en overtredelse av vegtrafikkloven § 24 første ledd jf. § 31, og siktede innen retten erklærer seg skyldig etter siktelsen.

- Tilståelse er et viktig bevis
- Prosessøkonomiske hensyn
- Men rettssikkerhet viktigst; derfor strenge vilkår
- Kan være mer skånsomt; slipper sak, rask avgjørelse

- Som oftest uten offentlig oppnevnt forsvarer (ikke spørsmål om +6 mnd. og promillesak)
- Som regel også uten aktor
- «Forslag» til dom tas som regel til følge

- Hva ligger i «uforbeholden tilståelse»?
- Ikke det samme som «erkjenner seg skyldig»
- Må dekke objektive + subjektive vilkår for straff (sml. kravet til domsgrunner)
- Sondring mellom skyld- og straffespørsmålet
- I *straffespørsmålet* kan retten delvis bygge på annet enn det som fremgår av tilståelsen

- Må dekke alle «den straffbare handlings rettslige merker»
- Må ikke levne tvil ang. straffrihetsgrunn

Rt. 1975 s. 459:

Domfelte hadde uteblitt fra militærtjeneste. Han erkjente i retten de faktiske forhold, men mente selv at uteblivelsen var lovlig (bryllup i familien)

- HR mente det ikke forelå en uforbeholden tilståelse

Rt 1991 s. 7:

Dømt i forhørsretten for forsettlig legemsbeskadigelse, jf. § 229, jf. § 232. Det var ingen tvil om at siktede i beruset tilstand hadde knivstukket, men han hadde i retten gitt uttrykk for at han ikke hadde regnet med å skade fornærmede. Tilståelsen var altså uforbeholden i forhold til det *objektive gjerningsinnhold* i § 229.

Forhørsretten la korrekt til grunn at siktede skulle bedømmes som om han vært edru, jf. strl. § 40(1) 2. pkt., dvs. forsettet ble fingert.

Høyesterett fant at tilståelsen ikke var uforbeholden mht. forsettet. Domfelte hadde forklart at han som en refleks hadde trukket kniven og rettet den mot fornærmede.

Høyesterett uttalte:

«Selv om den berusede som utgangspunkt skal bedømmes som om han var edru, fører ikke dette til at man kan stille mindre krav til tilståelsen.»

- Tilregnelighet

Dersom det av siktedes forklaring eller øvrige opplysninger i saken kan sås tvil omkring tilregnelighetsspørsmålet, så vil en eventuell pådømmelse etter strpl. § 248 være en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse av dommen.

Rt. 1992 s. 897:

Tilståelsesdom opphevet fordi spørsmålet om siktedes strafferettslige tilregnelighet ikke var vurdert. En undersøkelse viste at domfelte hadde en intelligenskvotient på 50-55.

Det var intet å *bebreide* forhørsretten for at den hadde avsagt dom, da siktedes oppførsel i seg selv ikke ga klare signaler på utviklingsgraden.

Rt 1991 s. 1235:

Saken burde ikke vært pådømt i forhørsretten da siktede trolig ikke hadde hatt *forutsetninger for å forstå* hva foregikk i rettsmøtet.

Dette er ikke det samme som «utilregnelighet» i strafferettslig forstand...

- Tilståelsen må være *uforbeholden*
- Kravet om ingen «rimelig tvil» (EMK art. 6 nr. 2) gjelder selvsagt også her

- Må fremsettes i retten; ikke bare i politiavhør
- Ikke nok at man vedkjenner seg tidligere forklaring
- Skal protokolleres og leses opp for vedtakelse

- Hva hvis tiltalte «tilstår», men ikke husker?

Rt. 1972 s. 114:

«Det var etter det opplyste ingen vitner til kjøringen, og forhørsretten hadde ikke annet å bygge på enn domfeltes politiforklaringer som ble opplest og vedtatt.»



«I den første av disse forklaringer sa han at han bare svakt kunne erindre at han kjørte avsted, og i den annen at det var svært lite han husket, han kunne bare svakt erindre at han syntes det var morsomt å kjøre. Det som forelå for forhørsretten, kan etter min mening ikke oppfattes som en uforbeholden tilståelse hvis riktighet bestyrkes ved de opplysninger som for øvrig foreligger, jfr. straffeprosesslovens § 283.»

- Hva hvis saken byr på kompliserte vurderinger som tiltalte ikke har noen reell forutsetning for å vurdere?



Rt. 1981 s. 355 (underslag i malermesterfirma):

«Under disse omstendigheter, og da siktelsen i det hele bygger på noe innviklede beregninger som siktede – selv med forsvarers nærvær – i liten grad hadde forutsetninger for å ta stilling til, jfr. sak i Rt-1977-95, mener jeg at vilkårene for forhørsrettspådommelse ikke har vært til stede.»

BEVISKRAVET

- Sakens kjerne: Er tiltalte skyldig eller ikke?
- Bevisbyrden - påtalemyndigheten
- Sammenlikn erstatningsretten

- Hvor sterk grad av sikkerhet kreves?
 - Sikkerhet utover «enhver rimelig tvil»
 - Grunnsetningen om at «det er bedre at ti skyldige går fri enn at én uskyldig blir dømt»
 - Den europeiske menneskerettighetskommisjon: «beyond all reasonable doubt»

- Begrepet «*uskyldig*» er ikke helt treffende i straffeprosessen
- Egentlig to begreper som er dekkende: «skyldig» og «ikke skyldig»
- Strpl. § 376: «Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, avsier retten frifinnelsesdom[...]

- Hva betyr «utover enhver rimelig tvil»?
- 90% (jf. «10-1» i grunnsetningen)?
- Tilnærmet 100% sikkert?



- Varierer nok med hvilket straffbarhetsvilkår man vurderer
- Og med forbrytelsens alvor
- I praksis vil domstolen kreve større grad av sikkerhet ved drap enn ved tyveri

Når det gjelder straffbarhetsvilkårene:

- Sterkest sikkerhet kreves mht. spørsmålet om tiltalte virkelig begikk handlingen
- Annerledes mht. *tilregnelighet* (jf. rettens uttalelser i 22. juli-saken)
- Også mindre sikkerhet mht. skyldkravet (kan vi f.eks. være sikre på at tiltalte erkjente en helt marginal sannsynlighetsovervekt...)?

Hvorfor kreves mindre sikkerhet for tilregnelighet?

- Har i hvert fall begått handlingen...
- Ikke nødvendigvis fordel å bli kjent utilregnelig
- Plassere tilregnelig på tvungent psykisk helsevern?
- Hensynet til samfunnet

Rt. 1979 s. 143 (ble vist til i 22. juli-saken):

«Det er ikke gitt og kan vanskelig gis lovregler om hvilke krav til bevis som må stilles når det i en straffesak blir reist spørsmål om tiltaltes tilregnelighet på gjerningstiden. En presis formulering av beviskravet kan heller ikke utledes av rettspraksis.»



«Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig. »



«Skulle de rettspsykiatrisk sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten [...] skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden.»

[Her: to sakkyndige som konkluderer ulikt i samme rapport]



- Forarbeidene til § 44; Ot.prp.nr. 87 (1993-1994):

«Departementet legger [...] til grunn at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke for tilregnelighet som for den omstendighet at den tiltalte har begått den handlingen tiltalen gjelder. På den andre siden vil det ikke uten videre være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for tilregnelighet.»

Fra 22. juli-dommen:

«Tingretten mener et lavere beviskrav for tilregnelighet har gode grunner for seg. Straff er riktig nok et tilsiktet onde som gir uttrykk for samfunnets sterke bebreidelse av et lovbrudd. En slik bebreidelse forutsetter at lovbrysteren har skyldene. Straffen har imidlertid også et soningselement som gir domfelte en mulighet til 'å gjøre opp for seg'.»



«I dette perspektiv er straffen ikke utelukkende et onde, men også en vei tilbake til samfunnet. Dersom beviskravet for tilregnelighet legges for høyt, vil denne veien stenges for mange lovbrytere med reell skylddevne.»

«Det er dessuten prinsipielt betenkelig å frata lovbrytere skyldene og derved også moralsk og juridisk selvbestemmelse ved en uberettiget sykelligjøring av deres sinn.»



«Retten mener videre det er uheldig å overføre lovovertredere som etter all sannsynlighet ikke har et reelt behandlingsbehov, til tvungent psykisk helsevern.»



«Forsvaret har anført at beviskravet må senkes ned mot sannsynlighetsovervekt dersom tiltalte, slik tilfellet er i denne saken, selv ønsker å bli kjent tilregnelig. Retten har vanskelig for å se at det ved håndhevelsen av et pønalt sanksjonssystem kan legges vekt på tiltaltes eget ønske vedrørende skyldspørsmålet.»



«Likhet for loven er et grunnleggende prinsipp i strafferettspleien, og rettsanvendelsen bør ikke være avhengig av slike subjektive forhold. Dertil kommer at det uansett må etableres et beviskrav for at tiltaltes ønske ikke er psykotisk motivert. Som aktoratet har påpekt, kan det også reises spørsmål om hva som skal være konsekvensen av at domfelte eventuelt senere skulle ombestemme seg.»

- Retten behøvde imidlertid ikke å ta klar stilling til beviskravet

«Etter en samlet vurdering finner retten det bevist ut over rimelig tvil at tiltalte ikke var psykotisk på gjerningstidspunktet, jf. straffeloven § 44. Tiltalte skal følgelig straffes for sine handlinger.»

- Hva med omstendigheter som bare har betydning for straffeutmålingen?
- F.eks. «hvor mye narkotika»; «hvor stor fart»?
- Her må antakelig også rimelig tvil komme tiltalte til gode

- Narko-sak - tvil om kvantum:

Byretten: Rimelig fornuftig tvil om kvantum må komme tiltalte til gode

Lagmannsretten: Kreves ikke samme grad av visshet som når det gjelder skyldspørsmålet.



HR: «Etter min oppfatning har lagmannsretten med hensyn til det kvantum hasj som A kan dømmes for å ha innført og omsatt, stilt for små beviskrav. Ved avgjørelsen av hvor stort kvantum A kan dømmes for å ha innført og omsatt, må rimelig tvil komme tiltalte til gode på samme måte som hvor det er spørsmål om hvorvidt handlingen er begått.»

- Annerledes med utmålingsmomenter som ikke har med *handlingen* å gjøre, eks. tiltaltes livssituasjon i dag (utsikt til rehabilitering o.l.)

- Ved prosessuelle spørsmål skal det mest sannsynlige faktum legges til grunn
- Jf. nevnte Rt. 1994 s. 1139 hvor tiltalte hevdet at han var blitt lovet «amnesti» mot å legge kortene på bordet. Om beviset skulle avskjæres var en *prosessuell avgjørelse*:

«[R]etten må legge til grunn det saksforholdet som den etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig.»

Typer bevismidler:

- Forklaringer
- Reelle bevismidler
 - Drapsvåpen
 - Åsted
 - Fotografi
 - Fingeravtrykk
- Dokumentbevis

- Hva skal retten bygge på?
- Kravet om umiddelbarhet har sammenheng med sannhetsgrunnsetningen og retten til kontradiksjon

§ 305. Ved avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er *ført under hovedforhandlingen*.

Rt. 1992 s. 1537:

«Under *domskonferansen* gikk retten for å se på det stedet rødlyskontrollen ble foretatt. Retten gikk først opp der politibilen med videokamera hadde stått parkert. Deretter gikk vi ned [...] for å se på lyskrysset. Til slutt gikk [vi] opp til --- Hotell for å se hva politiaspirant Hilmarsen kunne se fra det stedet han hadde stått plassert.»



Forsvareren bemerket at

«[D]et aktuelle kryss er et av de mest trafikkerte kryss i byen og vel kjent av alle, og at en eventuell saksbehandlingsfeil ikke har hatt betydning for resultatet».

Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerket:

«Herredsretten har begått saksbehandlingsfeil ved å foreta åstedsbefaring etter at hovedforhandlingen var avsluttet og uten at partene fikk anledning til å være til stede. Det fremgår av dommen at retten ved sin vurdering av saken har bygget på forholdene på stedet. Ut fra det som er anført i ankeerklæringen [...] finner utvalget ikke å kunne legge til grunn at feilen ikke kan ha innvirket på dommens innhold.»

- Fri eller legal bevisbedømmelse?
- Tidligere slo 1887-loven fast at retten skulle treffe en avgjørelse

«etter fri overbevisning på grunnlag av en samvittighetsfull prøvelse av de fremførte beviseligheter»

- Det samme gjelder i dag som uskreven rett

- Hva det vil si å være «overbevist» er et psykologisk spørsmål som ikke så lett lar seg beskrive og enda mindre etterprøve

Bevis for rettssetninger:

- Retten skal av eget tiltak undersøke rettsreglene
- Men dommeren kan tillate bevisførsel om rettssetninger – og gjør det ofte
- Typisk i prosedyren (henviser til rettskilder)

- Skiller som kan oppstilles:
 - Direkte og indirekte bevis
 - Umiddelbare og middelbare bevis

- Noen bevis skal ikke tillates ført
 - Opplesning av forklaringer - som hovedregel
 - Krenker andre interesser viktigere enn oppklaring; f.eks. taushetsplikt (§ 119)
 - Ikke til å stole på; f.eks. skriftlige erklæringen om tiltaltes navn og rykte (§301, første ledd)
 - Fremskaffet på utilbørlig måte; eks. lydopptak (ulovfestet)

- Ellers er det i Norge ikke skarpe regler, mer pragmatisk; fri bevisføring

- Rt. 1990 s. 1008:

Saksbehandlingsanken ble forgjeves begrunnet med at påtalemyndigheten urettmessig hadde brukt et fotografi tatt ved automatisk trafikkkontroll som bevis også for andre straffbare forhold enn trafikkforseelsen.



«Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar. Straffeprosessloven inneholder visse bestemmelser som innskrenker denne rett.»



«Selv om et bevistilbud ikke er avskåret ved direkte lovbestemmelse, kan det være tilfelle der påtalemyndigheten likevel ikke kan tillates å føre beviset. Spørsmålet kan oppstå i forbindelse med bevis fremskaffet på ulovlig måte. Fotobeviset som denne saken gjelder, ble imidlertid ikke fremskaffet på ulovlig måte [...]»



«I forbindelse med domfeltes henvisning til personvern hensynet, vil jeg peke på at det ved skilting blir varslet om at veien er overvåket ved automatisk trafikkontroll. Fotografering utløses bare der bilføreren overtrer fartsgrensen for kjøring på veien. Føreren har det således under sin kontroll å unngå at fotografi blir tatt.»

Vitnebeviset

- I praksis det viktigste bevis
- Utbredt misforståelse: «Ikke er mulig å domfelle uten tekniske bevis i f.eks. en overgrepssak»
- Jf. diskusjon under Vågå-saken

Avgjørende er om retten etter en totalvurdering er overbevist utover rimelig tvil

- Men vitnebevis er beheftet med usikkerhet
 - Vitnet kan *lyve*
 - Vitnet kan *huske feil*
 - Vitnet kan ha *misforstått situasjonen*

- Avhørsteknikken er viktig
 - Retten må sørge for at avhør i retten er betryggende
 - Vitneforsikring
 - Ikke ledende spørsmål
 - Adgang til kryssforhør

– Stridbeck i *TfS* 2001:

«Vi har begrensede ferdigheter når det gjelder å bedømme hvorvidt et vitne lyver når fasit ikke er kjent, og vår vurdering av troverdighet og pålitelighet er klart påvirket av sosiale forestillinger som ofte har svakt feste i virkeligheten.»

(Vitner som gråt ble lettere trodd, men var i virkeligheten skuespillere...)

- Vitnet skal ikke lese sin tidligere forklaring

Rt. 1989 s. 442:

«Jeg er enig med domfelte i at det ble gjort en saksbehandlingsfeil da vitnene ble tilbudt å lese sine politiforklaringer. Strpl. § 133 må antas å bygge på en forutsetning om at vitner generelt skal forklare seg på grunnlag av det de husker på det tidspunkt da forklaring gis.»

Hva med *anonyme vitner*?

- Rt. 1997 s. 869 (Skrik-saken):

To engelske politimenn fra kunstavsnittet ved Scotland Yard var bare villige til å forklare seg for norsk domstol hvis de ble gitt anonymitet.

§ 130. Rettens leder spør vitnet om navn, fødselsdato, stilling, bopel og forhold til siktede og fornærmede. [...]

«Jeg finner at strpl. § 130 ikke gir adgang til i rettsmøte å motta forklaring fra vitner uten at vitnenes personalia oppgis i rettsmøtet og nedtegnes i rettsboka. Verken forarbeider eller juridisk teori gir holdepunkter for å fortolke bestemmelsen innskrenkende. Det kan heller ikke ut fra bestemmelsens formål innfortolkes en begrensning fordi formålet går ut over en ren identifikasjon av vitnet.»



«Paragraf 123 første ledd om et vitnes adgang til å nekte å svare på spørsmål når det fore ligger fare for vesentlig velferdstap, omhandler ikke vitnets plikt til å oppgi personalia. Dette reguleres uttømmende i § 130. Fritakelse for å svare på spørsmål etter § 123 blir først aktuelt etter at vitnet har oppgitt personalia.»

«De vanskelige avveiningsspørsmål som Metodeutvalget peker på, og som framgår av flere av Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, taler også mot at domstolene gjennom en innskrenkende fortolkning av straffeprosesslovens bestemmelser skal åpne adgang til å føre anonyme vitner. I hvilken utstrekning anonym vitneførsel bør tillates etter norsk rett hører det etter min mening under lovgiveren å ta stilling til.»

- Skrik-saken førte til ny lovhjemmel:

§ 130a. I saker om overtredelse av straffeloven §§ 132 a, 147 a, 151 a, 162 annet eller tredje ledd, 192, 229 tredje straffalternativ, 231, 233, 266, 268 jf. § 267, § 317 jf. § 162 annet eller tredje ledd eller § 317 jf. § 268 jf. § 267 [...] eller forsøk på slik forbrytelse – kan retten etter begjæring fra statsadvokaten ved kjennelse bestemme anonym vitneførsel når det om vitnets identitet blir kjent, kan være fare

→

a) for en alvorlig forbrytelse som krenker livet, helsen eller friheten til vitnet eller til noen vitnet står i et slikt forhold til som nevnt i § 122, eller

b) for at muligheten for et vitne til å delta skjult i etterforskningen av andre saker av den art som er nevnt foran, blir vesentlig vanskeliggjort.

Anonym vitneførsel kan besluttes bare dersom det er strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar.

[...]

- Altså ved risiko for represalier
- Eller ved behov for å «bevare» *under cover*-etterforskere for senere bruk
- Det er også krav til sakens alvor



– Må være ”strengt nødvendig”

Dvs. ikke mulig å oppnå formålet på annen måte

- Særlige regler om behandlingsmåten

Blant annet skal dommere, aktor og forsvarer
få vite vitnets identitet (under taushetsplikt)

- I noen land – bl.a. Colombia – har det vært brukt *anonyme dommere* i narkosaker.
- Her er argumentet at det ellers blir umulig å oppklare kriminalitet som er ødeleggende for landet
- Flere dommere er blitt likvidert i slike saker

- Dommeravhør av barn og psykisk utviklingshemmet

§ 239. Ved avhør av et vitne under 16 år eller et vitne med psykisk utviklingshemming eller tilsvarende funksjonssvikt i en sak om forbrytelse eller forseelse mot sedelighet, skal dommeren ta imot forklaringen utenfor rettsmøte, når han finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner.



Dommeren skal i så fall som hovedregel tilkalle en *særlig skikket person* til å bistå ved avhøret eller foreta avhøret under dommerens kontroll. Avhøret skal tas opp ved *videoopptak* og om nødvendig ved eget lydopptak, når det er mulig og ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det. På samme vilkår skal som hovedregel siktedes forsvarer gis anledning til å *overvære* avhøret.

- Kan *samme dommer* gjennomføre dommeravhøret og hovedforhandlingen?

Rt. 1997 s. 1288:

«Kjæremålet gjelder spørsmålet om en dommer kan delta i pådømmelse av straffesak i de tilfelle dommeren etter strpl. § 234 annet ledd jf § 239 har foretatt et avhør utenfor rettsmøte av barn under 14 år i sedelighetsak.»



«Forskrift [...] om fremgangsmåten ved dommeravhør utenfor rettsmøte bestemmer blant annet at dommeren bør i protokollen gi en uttalelse om barnets modenhet og *troverdighet*, og om andre forhold ved avhøret som dommeren mener kan være av betydning ved vurderingen av barnets forklaring, jf § 7 tredje ledd 1. punktum.»



«Utvalget legger til grunn at når dommeren har gitt påtegning om troverdighet etter forskrift om dommeravhør § 7 tredje ledd 1. punktum, kan dommeren ikke delta i pådømmelse av en straffesak hvor dommeravhøret skal benyttes som bevis [...].»



«Utvalget er kommet til at det samme bør gjelde selv om protokollen ikke inneholder påtegning etter forskriften § 7 tredje ledd siste punktum. Dommeren vil uansett kunne ha en oppfatning av vitnets modenhet og troverdighet. Hensynet til tilliten til domstolene tilsier at det bør unngås at det kan reises tvil om habiliteten til de dommere som deltar ved pådømmelse av straffesaker.»

- Ved dommeravhør må *kontradiksjon* ivaretas

Siktede skal ikke være til stede (men må antas at siktede kan følge avhøret fra et siderom)

Kontradiksjonen skjer gjennom at forsvareren først snakker med siktede, og deretter er til stede ved dommeravhøret.

- Rt. 1999 s. 586:



I en sak om utuktig handling med datter ble dommeravhør av fornærmede gjennomført *uten at forsvareren hadde hatt kontakt med siktede*

«Det er en grunnleggende regel i straffeprosessen at siktede, gjennom sin forsvarer, skal ha hatt mulighet for å avhøre de vitner som føres mot ham, jf EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d. En slik mulighet hadde siktede reelt sett ikke ved de aktuelle avhørene av fornærmede.»



«Som påpekt hadde advokat Holand ikke hatt kontakt med siktede, og han var ikke kjent med den forklaring siktede hadde avgitt til politiet. Advokat Holand var derfor avskåret fra å få stilt fornærmede spørsmål ut fra de faktiske forhold siktede hevdet var riktige. Jeg ser ikke bort fra at det i enkelte situasjoner kan være nødvendig å gjennomføre barneavhør uten at forsvareren har hatt kontakt med siktede eller mistenkte.»

«Men dersom avhøret skal kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen – og når avhøret er et sentralt bevis i saken – må regelen være at siktede gjennom sin forsvarer, eventuelt gjennom et nytt avhør, skal ha hatt mulighet til å avhøre vitnet.

[...] Dette må føre til at lagmannsrettens dom med hovedforhandling må oppheves.»

Fra gårsdagens avis:

«Både når det gjelder ventetid for dommeravhør og retten til rettsmedisinske undersøkelser, ivaretas barn som man mistenker har vært utsatt for vold og overgrep på en for dårlig måte. Aftenposten kunne søndag fortelle at åtte av ti barn som er i dommeravhør på grunn av mistanke om bruk av vold eller seksuelle overgrep, ifølge UNICEF ikke får tilbud om en rettsmedisinsk undersøkelse.»

«Som lederen ved Barnehuset i Oslo helt riktig påpeker, kan man dermed ikke se blåmerkene under T-skjorten, eller andre fysiske spor etter mishandling som overgriperen prøver å skjule. En slik undersøkelse ville vært en selvfølge hvis det var en voksen person som var utsatt for en forbrytelse.»

- Vitneplikten

§ 108. Enhver plikter etter innkalling å møte som vitne og forklare seg overfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov.

- Plikt bare overfor *retten*, ingen vitneplikt overfor politiet



§ 230 første ledd. Politiet kan la oppta forklaring av mistenkte, vitner og sakkyndige, men kan ikke pålegge noen å gi forklaring. [...]

[Husk at *tiltalte* ikke har noen plikt til å forklare seg i retten, jf. strpl. § 90]

- To typer unntak fra vitneplikten i retten:
 - Fritak
 - Forbud

- Ektefelle og nær pårørende

§ 122. Siktedes ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og like nær besvogrede er fritatt for vitneplikt. Som besvogret anses også den besvogredes ektefelle. Fritak for vitneplikt gjelder ikke for fornærmede eller vitner under 12 år.

Det som er bestemt om ektefeller, gjelder også fraskilte, samt personer som lever eller har levd sammen i et ekteskapslignende forhold.

[...]

- Fare for straff (selvinkriminering) eller velferdstap

§ 123. Et vitne *kan nekte å svare* på spørsmål når svaret vil kunne utsette vitnet eller noen det står i slikt forhold til som nevnt i § 122 første eller annet ledd for straff. Retten kan *likevel pålegge* et vitne å forklare seg når det er rimelig etter en samlet vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring. →

Retten *kan fritta* for forklaring ved vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art for vitnet eller noen av dets nærmeste etter § 122 første eller annet ledd når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge vitnet å forklare seg.

- Straff – stor eller liten
- Ikke dersom straffansvaret er foreldet
 - Men kan fortsatt bety «tap av sosialt omdømme»

- Taushetsplikt

119. Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring av prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapssaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling.

§ 117. Retten må ikke ta imot vitneforklaring om noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, hvis ikke Kongen gir tillatelse.

Nærmere om bruk av sakkyndige

- Kunnskap dommeren ikke besitter
- Gjelder oftest faktiske forhold
- Kan også gjelde *fremmed rett* eller lokal sedvane
- Retten oppnevner de sakkyndige

- I angloamerikansk rett fører partene sine egne «expert witnesses»
- De sakkyndiges konklusjoner er ikke bindende, bare veiledende (jf. f.eks. 22. juli-saken)

§139 annet ledd. Retten kan oppnevne nye sakkyndige ved siden av den eller de først oppnevnte, når den finner det påkrevet. (Jf. 22. juli-saken)

- For de sakkyndige gjelder inhabilitetsregler (jf. domstoll. §§ 106 og 108, jf. strpl. §142 første ledd)

§ 142. Når det kan unngås, bør det som sakkyndig ikke oppnevnes noen som etter domstolsloven § 106 eller § 108 ville være ugild som dommer.

§ 142 annet ledd. Som regel bør det heller ikke oppnevnes sakkyndige som står i avhengighetsforhold til hverandre. [Jf. 22. juli-saken.]

§ 147. Enhver som tjenestgjør som sakkyndig i rettsmedisinske spørsmål, skal straks sende den rettsmedisinske kommisjon avskrift av den skriftlige erklæring som han gir retten eller påtalemyndigheten.

[...]

Kommisjonen skal gjennomgå de innkomne erklæringer og uttalelser. Finner den vesentlige mangler, skal den gjøre retten eller i tilfelle påtalemyndigheten oppmerksom på det.

- Rettspsykiatrisk undersøkelse

Betydning for:

- Skyldspørsmålet (§ 44)
- Tilbakefallsfare (strl § 39, § 39b)
- Straffeutmålingen (§ 56 c og d)

- Som regel tar påtalemyndigheten initiativ og kontakter tingretten
- Nærmere regler om gjennomføringen i strpl. §§ 166 og 167
- Etter § 167 kan siktede innlegges på sykehus for observasjon der
- Ingen plikt for siktede til å svare på spørsmål

- Hvordan rettspsykiatrisk undersøkelse best kan gjennomføres, er nå gjenstand for utredning med tanke på mulige lovendringer

Dokumentbevis

- Skriftlige bevis som er blitt til uavhengig av straffesaken
- Skriftlige bevis som er blitt til med sikte på straffesaken

Bevisumiddelbarhet:

§ 302. Skriftlig bevis leses opp av den som fører beviset, når ikke retten bestemmer noe annet.

- Med sikte på saken (for å tjene som bevis):
 - Sakkyndige erklæringer
 - Politirapporter
 - Forklaringer fra vitner/siktede

De som er *kilde til innholdet* må forklare seg direkte for retten (umiddelbarhet).

RETTSKRAFT

§ 50. En dom er rettskraftig når den er vedtatt av partene eller fristen for anke er utløpt. Er anke erklært, blir dommen rettskraftig når saken er endelig avgjort i høyere instans.

[...]

§ 310. Fristen for anke er to uker fra den dag dommen er avsagt.

[...]

- Positiv rettskraft: Dommen kan fullbyrdes
- Negativ rettskraft: Samme forhold kan ikke gjøres til gjenstand for ny straffeforfølgning

§ 51 første ledd. Reises ny sak om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise saken av eget tiltak.

- Mens saken verserer for en domstol, skal samme sak avvises ved en annen domstol pga. *Litispendens*

- Rt. 1947 s. 733:

Tiltalte dømt i 1944 etter strl. § 193. I forvirringen under krigsevakueringen og avbrenningen av Finnmark kom rettsboken og domsprotokollen bort, og det lyktes ikke å finne noe eksemplar av dommen.

Statsadvokaten påanket den til opphevelse for å avverge en fremtidig innsigelse om *res judicata* ved en eventuell ny behandling av saken.



«Et tilfelle som det her foreskrevne ligger i det hele tatt utenfor straffeprosesslovens regler. Jeg er enig i at saken må kunne innbringes til ny behandling for herredsretten når dette er den eneste måte hvorpå man kan skaffe grunnlag for straffullbyrdelsen.»



«Jeg finner imidlertid ikke at det er nødvendig å oppheve dommen for å komme til dette resultat. Jeg antar nemlig at en dom hvis innhold ikke kan bevises med sådan sikkerhet at den kan fullbyrdes ikke kan være til hinder for at ny dom avsies.»

NB: *Gjenåpning* er noe annet (og gjelder nettopp samme forhold)

- Behandles nærmere nedenfor

- Sammenlikn «samme krav» i § 51 med «samme forhold» i § 38
- Problem at vurderingen er ulik i § 38 og § 51
- Særlige vanskeligheter ved *fortsatt forbrytelse og idealkonkurrens*
- Idealkonkurrens: Kan en side ved handlingen som ikke er dekket av den første saken, gjøres til gjenstand for ny sak?

- Rt. 1980 s. 360:

Mann tiltalt etter vegtl. § 3, jf. § 31, etter en bilulykke hvor en passasjer var avgått ved døden. Under hovedforhandlingen tok rettens formann opp spørsmålet om forholdet skulle subsumeres under strl. § 239; men tiltalen ble ikke endret, og den møtende aktors påstand var utelukkende basert på vegtl. § 31, jfr. § 3.



Retten dømte etter straffeloven § 239.
Domfeltes anke over saksbehandlingen ble under dissens (4-1) tatt tilfølge. Flertallet fant at retten hadde dømt tiltalte for et forhold som rettslig sett var av en annen karakter enn det tiltalen gjaldt. Uttalt at påtalemyndigheten måtte ta stilling til om ny sak skulle reises etter strl. § 239.



- Altså: En domfellelse etter vegtl. § 3 utelukket ikke ny sak etter strl. § 239.
- Vesentlig poeng at når strpl. § 38 hindret retten i å dømme etter strl. § 293 (ikke samme forhold), kunne påtalemyndigheten til gjengjeld reise ny sak etter § 239 (ikke samme krav)

Nærmere om «dobbeltraff»

- EMKs protokoll 7 artikkel 4

(Nedenstående bygger på Holmboes og Jahres artikkel «Dobbeltraff er ikke enkelt - Gjentatt straffeforfølgning etter Den europeiske menneskerettskonvensjons protokoll 7 artikkel 4 en oppdatering» i Lov or rett 4/2011)

- Enhver sak må ha en ende; en side både til forutberegnelighet og rettssikkerhet.

EMKs protokoll 7 artikkel 4:

«1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.»

Flere vilkår:

- Siktede må være den samme i begge saker (ikke nok at ham personlig + hans aksjeselskap.
- Borgeren skal være «acquitted or convicted» i den første saken. Det kreves altså at det er truffet en realitetsavgjørelse. Ikke hvis sak 1 avvist eller henlagt



- Beskytter ikke bare mot ny domfellelse, men mot en ny *forfølgning*. Det er altså ikke nok at borgeren ble frifunnet i sak 2.
- Bare innen samme lands rettssystem. Utvisning til et annet land på grunn av en straffbar handling rammes ikke selv om det andre landet vil straffeforfølge for samme handling.

- Det har ikke betydning om straffesaken eller forvaltningssaken kommer først. Dermed har P7-4 et svært vidt nedslagsfelt.
- De mest omstridte vilkårene har vært «straff» og «samme forhold».

Nærmere om *Zolotukhin v. Russland* (EMDs storkammer 2009)

- Zolotukhin hadde tatt med sin venninne inn på militært område. De to ble kjørt til en lokal politistasjon hvor han skjelte ut to av de ansatte, Ms. Y og kaptein S (episode 1).
- Z ble fremstilt for major K, som skulle skrive rapport om forholdet. På kontoret til major K fortsatte Z med sin utskjelling (episode 2).

- Deretter ble Z plassert i en bil og transportert til en regional politistasjon. I bilen fortsatte Z å skjelle ut major K, og han truet med å drepe ham (episode 3).
- I sak 1 ble Z ilagt tre dagers arrest (*administrative detention*). I sak 2 ble han dømt for andre forhold, og frifunnet for de forholdene han tidligere var ilagt arrest for.

EMD om «straff»:

- Legger vekt på *formålet* med regelen. Det er vanskelig å si om et pønalt formål er et vilkår som alltid må være oppfylt, men mye taler for at det i hvert fall må være et viktig moment.
- Ikke avgjørende hva staten *kaller* reaksjonen

- EMDs storkammer foretar en grundig gjennomgang av kriteriet «samme forhold» (*offence*) og oppsummerer sitt syn slik:

“[T]he Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it *arises from identical facts or facts which are substantially the same.*”



“[F]acts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space [...].”

Det dramatiske med Zolotukhin-dommen:

Før Zolotukhin-dommen var det både i norsk rett og i EMD-praksis lagt til grunn at man sto overfor samme forhold bare der det både var *faktisk og rettslig identitet*. Dette ble endret med Zolotukhin-saken. Etter denne er det kun spørsmål om faktisk identitet.

- Dermed avviker noen tidligere norske HR-avgjørelser fra gjeldende rett i dag

- Rt. 2006 s. 1409:

Høyesterett la avgjørende vekt på at bestemmelsene om ordinær tilleggsskatt og straff hadde forskjellig skyldkrav og forskjellig formål. Etter *Zolotukhin* kan begrunnelsen ikke opprettholdes.

Tilleggsskatt sperrer for etterfølgende straffesak (og omvendt) så lenge begge forfølgningene bygger på *samme opplysningssvikt*.

Rt. 2006 s. 862

Tiltalte hadde borttatt gjenstander fra en leilighet. Han ble først tiltalt for grovt tyveri, subsidiært heleri. Han ble frifunnet fordi retten fant at han i stedet var skyldig i medvirkning til forsikringsbedrageri (sammen med huseieren). (Forsikringsbedrageri var et annet forhold enn tyveri/heleri, og retten kunne derfor ikke dømme ham for dette.)



Han ble deretter tiltalt for forsikringsbedrageri. Høyesteretts fant at tiltalen i sak 2 bygget på det samme faktum, men at straffebedet mot forsikringsbedrageri beskytter andre interesser enn straffebedene mot tyveri og heleri. Straffesaken kunne derfor fremmes uavhengig av rettskraftreglene.



Den tiltaltes faktiske handlinger var de samme i de to sakene, selv om hans subjektive motivasjon og kunnskap var annerledes.

Begrunnelsen for å fremme sak 2 kan vanskelig opprettholdes etter *Zolotukhin*

Saken illustrerer rettskraftregelen i straffeprosessloven § 51 og regelen om rettens kompetanse i § 38 ikke følger hverandre, men skaper et tomrom som kan føre til *straffrihet*

Rt. 2005 s. 1430

En dom for overtredelse av vgtl. § 3 (uaktsom kjøring) sperret ikke for ny sak om kjøring i påvirket tilstand ved samme anledning, jf. vgtl. § 22. Avgjørelsen bygger på at handlingsnormene i de to bestemmelsene ikke inneholder de samme hovedelementer. Neppe uttrykk for gjeldende rett etter *Zolotukhin*.

Rt. 2004 s. 1368

Tvangsplassering i barneverninstitusjon etter bvl. § 4-24 på grunn av alvorlig/gjentatt kriminalitet sperret ikke for straffesak om de samme handlinger.

HR fant at slik plassering *var* straffeforfølgning i EMKs forstand, men at bestemmelsene var så forskjellige at det ikke forelå rettslig identitet. Hvis *resultatet* skal opprettholdes (noe det vel bør), må tolkingen av straffebegrepet for fremtiden fravikes (jf. formålet med plasseringen).

Det avgjørende mht. «samme forhold» er altså om

- handlingsnormene vektlegger i hovedsak de samme fakta, og om det er tilstrekkelig nærhet i tid og sted

- *Zolotukhin*-saken har ført til betydelige endringer for norsk «sanksjonsrett»
- Det viktigste er at forvaltningsinngrep mot borgerne kan hindre påtalemyndigheten i å reise straffesak – og omvendt
- Vårt tradisjonelle system med sanksjoner i to spor (forvaltning og straffeprosess) består, men er blitt vesentlig modifisert: Myndighetene må langt på vei *velge spor*.

RETTSMIDLER

- Hvordan få prøvd en rettsavgjørelse på nytt?
- Viktig rettssikkerhetsgaranti
- Sannhetsgrunnsetningen
- Ingen uskyldig må dømmes

- Før 1993: De alvorligste straffesakene startet i lagmannsretten
- Ordningen var i strid med SP-konvensjonen, og Norge måtte her reservere seg
- Ikke et krav etter EMK; der er det godt nok at *enten* skyldspørsmålet eller straffeutmålingen kan overprøves

- Hvem kan påanke en dom?

§ 306 første ledd. Dommer av tingrett eller lagmannsrett kan påankes av partene til den ankeinstans som går frem av §§ 6-8.

tingrett → lagmannsrett → Høyesterett

- Påtalemyndigheten kan anke til gunst for tiltalte

§ 309. Påtalemyndigheten kan anke til gunst for siktede. Dette gjelder også om dommen er rettskraftig, og selv om siktede er død.

- Hvem innen påtalemyndigheten kan anke?

§ 68. Den myndighet som har besluttet tiltale, gjør vedtak om anke over dom.

[Fra denne regelen gjelder noen unntak]

- Anke fra siktede

§ 307. Den som er frifunnet, kan ikke anke med mindre retten har funnet bevist at han har foretatt den rettsstridige handling tiltalen gjelder.

Den som er frifunnet ved dom av lagmannsrett i sak som er behandlet med lagrette, kan ikke anke med mindre *skyldspørsmålet* er avgjort mot ham.

- Eks. retten har funnet siktede skyldig, men frifunnet pga. foreldelse eller provokasjon
- Eller siktede er frifunnet pga. utilregnelighet
- Det siste gjelder ikke hvis skyldspørsmålet er avgjort med lagrette (da fremgår heller ikke frifinnelsesgrunnen klart)

- Ankefristen er to uker
- Fristen kan bli lengre etter domstoll. §§ 146-149 (eks. til nærmeste virkedag)
- Fristen gjelder også om man vil gjøre gjeldende nye ankegrunner (etter at anke er rettidig inngitt)

(Slike kan alltid gjøres gjeldende av retten hvis det er feil som retten av eget initiativ kan prøve)

- Motanke – selv om man ikke har anket innen fristen
- Frist: én uke – en rimelig regel?
- Vedtakelse av dommen fører til at ankeadgangen faller bort
- Vedtakelsen kan være ugyldig pga. «avtalerettslige» mangler



Rt. 1998 s. 161:

Anført at vedtakelsen var ugyldig fordi «domfelte var svært opprørt [og] var betydelig ute av balanse på grunn av andre personlige forhold. I den følelsesmessige tilstand han befant seg, var han ikke i stand til å tenke klart. Han var heller ikke fullt innforstått med at vedtakelse av herredsrettens dom normalt medfører at anke er avskåret».



«Utvalget legger [...] til grunn at domfelte ved forkynnelsen ble orientert om ankeadgangen, og at han valgte å vedta for å bli ferdig med saken. Det er ikke holdepunkter for at hans vedtagelse er ugyldig.»

Rt. 1992 s. 1185:

«Domfelte har vedtatt dommen. Det er imidlertid etter kjæremålsutvalgets syn så stor tvil forbundet med hans psykiske tilstand på vedtagelsestidspunktet at vedtagelsen ikke bør anses bindende som viljeserklæring. Anken er fremsatt etter ankefristens utløp, men utvalget finner at den bør tas under behandling.»

- I 22. juli-saken uttalte domfelte at han ikke anerkjente dommen, men at han ikke kom til å anke
- Dommeren valgte ikke å betrakte dette som en gyldig vedtakelse

- Hvor fremsettes anken?

§ 312. Siktedes anke fremsettes skriftlig eller muntlig for den rett som har avsagt dommen, eller for påtalemyndigheten. Er siktede fengslet, kan anken også settes fram for vedkommende fengselsmyndighet.

- Mangler skal søkes avhjulpet

- Hva skal ankeerklæringen inneholde?

§ 314. I ankeerklæringen må nevnes:

1) den dom som angripes, om anken gjelder hele dommen eller bare enkelte tiltaleposter, og om den omfatter avgjørelse om inndragning eller mortifikasjon,



2) om angrepet gjelder saksbehandlingen, bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, lovanvendelsen under skyldspørsmålet eller avgjørelsen om straff eller rettsfølge som nevnt i § 2 første ledd nr. 1,

3) når anken gjelder saksbehandlingen, hvilken feil som påberopes.

- Anke til lagmannsrett – siling av saker
- Kapasitetshensyn
- Vurdert å være i overensstemmelse med menneskerettighetene
- Tre dommere avgjør

- Krav om begrunnelse

FNs Menneskerettighetskomité slo i 2008 fast at nekting må begrunnes,

”even if in brief form, providing a justification for the court’s decision that the appeal would be unsuccessful.”

- Krav om kontradiksjon også her:

Rt. 1999 s. 397:

«Påtalemyndighetens anke over forhørsrettens kjennelse ble forkynt for siktede samme dag som lagmannsretten avsa sin kjennelse. Han fikk da ikke anledning til å uttale seg om anken.»



«Dette er et brudd på det grunnleggende krav til kontradiksjon som vår straffeprosess bygger på [...]. Anke fra påtalemyndigheten skal forkynnes for siktede, som har rett til å erklære motanke innen en uke regnet fra forkynnelsen. Det ble således begått en saksbehandlingsfeil da siktede ikke fikk anledning til å uttale seg om anken.»

§ 321 regulerer tre typer silingssaker:

(1) ikke påstått eller idømt annet enn bot, inndragning eller tap av førerkort – når retten samtykker og særlige grunner taler for det

(2) klart at anken ikke vil føre frem;

anke til siktedes ugunst kan nektes når det gjelder spørsmål av mindre betydning, eller det ellers ikke er grunn til at anken blir prøvd

(3) ved forbrytelse som kan medføre fengsel i mer enn 6 år, kan anken bare nektes fremmet når det er klart at anken ikke vil føre frem

[Her er tiltalebeslutningen avgjørende, med mindre retten har domfelt for en mer alvorlig forbrytelse; eks. opp-subsumert fra uaktsomt til forsettlig drap]

- Lagmannsretten kan noen ganger *avgjøre anken* uten ankeforhandling:

§ 322. Anke over dom av tingrett kan avgjøres uten ankeforhandling når lagmannsretten enstemmig finner det klart:

1) at dommen bør oppheves,

[altså ved saksbehandlingsfeil]

2) at siktede må frifinnes fordi det påtalte forhold ikke er straffbart eller straffansvaret er falt bort, eller

[Tingrettens bevisbedømmelse overprøves ikke]

3) at dommen i henhold til anken bør endres til gunst for siktede når bevisene under skyldspørsmålet ikke skal prøves [begrenset anke]

Ankeforhandling med lagrette

- Jf. ovenfor om juryordningen

§ 352. (1) Lagmannsretten skal under ankeforhandlingen settes med lagrette når det er anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og anken gjelder straff for forbrytelse som etter loven kan medføre fengsel i mer enn 6 år.

- Maksimumsstraffen etter straffebudet er avgjørende; ikke den påståtte straffen

(2) Forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse, sammenstøt av forbrytelser eller anvendelsen av straffeloven § 60 a eller § 232 kommer ikke i betraktning.

- Unntak:
 - Spionasjesaker (uheldig med lagrette)
 - Siktede under 18, og ikke idømt/påstått over 2 år
 - Saker som allerede er behandlet med lagrette, men hvor de juridiske dommerne har satt lagrettens kjennelse til side



Lagmannsretten:

- Retten = tre juridiske dommere
- Lagretten = ti legdommere

Lagrettens oppgaver:

- Svarer "ja" eller "nei" på skyldspørsmålet
- Fire lagrettemedlemmer deltar i reaksjonsfastsettelsen

- Retten stiller spørsmål til lagretten

§ 363. [...]

Retten leder utarbeider spørsmålene og forelegger dem for partene. Gjør noen av dem innsigelse mot spørsmålene, tar retten avgjørelsen.

§ 364. Gjenstand for spørsmålene er det forhold som tiltalen gjelder.

Et spørsmål må bare gjelde én tiltalt, så vidt mulig bare ett straffbart forhold og bare én straffebestemmelse.



Når retten finner grunn til det eller en part forlanger det, stilles spørsmål om det er til stede omstendigheter som kan bringe forholdet inn under en annen straffebestemmelse enn tiltalen gjelder.

[= tilleggsspørsmål]

Vil bekreftende svar på et spørsmål utelukke andre spørsmål, stilles først det spørsmål som vil føre til det ugunstigste resultat for tiltalte.

§ 365. Alle spørsmål skal stilles slik at lagretten kan svare ja eller nei.

Ved hvert spørsmål skal det opplyses hvor mange stemmer det kreves til et svar som er til ugunst for tiltalte. Skal et spørsmål bare besvares i tilfelle av at et foregående er besvart på en bestemt måte, skal også dette opplyses i spørsmålsskriftet.

- Rt. 1988 s. 676:

«Umiddelbart virker det uforklarlig at det utenfor tilleggsspørsmålet om ranet er grovt, er gitt slik påtegning: 'Ja, med mer enn 3 stemmer.' I innledningen til tilleggsspørsmålet står det – på samme måte som i innledningen til alle de andre spørsmål i spørsmålsskriftet – 'For å svare ja på dette spørsmål kreves mer enn 6 stemmer.»



«På denne bakgrunn mener jeg at man må kunne legge til grunn at det foreligger en feilskrift, og at tilleggsspørsmålet i virkeligheten er besvart med ja med mer enn 6 stemmer.»

- Problem: Hvordan kan vi vite at juryen har hatt den riktige lovforståelsen?
- Skal *spørsmålene* utformes slik at dette kan prøves?
- Og hvilken rolle spiller *rettsbelæringen*?

- Rt. 1988 s. 676:

«Etter § 315 første ledd er gjenstand for spørsmålene til lagretten det forhold tiltalen gjelder. C var tiltalt for grovt ran og for forsøk på grovt ran. I tiltalebeslutningen og i spørsmålene om disse handlinger er medvirkning nevnt i gjengivelsen av lovteksten og enten direkte eller forutsetningsvis i gjerningsbeskrivelsen.»



«Etter fast praksis er dette tilstrekkelig. Det kreves ikke at man av tiltalebeslutningen eller spørsmålsskriftet skal kunne kontrollere at lovanvendelsen er riktig med hensyn til de krav som er stilt til medvirkingen. Kontrollen må i tilfelle skje overfor lagmannens protokollerte rettsbelæring.»

- Men den er ikke alltid protokollert

- Altså: *rettsbelæringen* er sentral når man skal vurdere om lovanvendelsen har vært riktig
- I Rt. 2009 s. 750 vurderte Høyesterett om ordningen med bare "ja" eller "nei"-svar tilfredsstilte EMKs krav om etterprøvbarhet
- HR kom til at den norske prosessen ikke er i strid med EKM, idet man bl.a. framhevet *rettsbelæringen*:

«Før lagrettemedlemmene trekker seg tilbake for rådslagning i enerom, skal rettens leder i det som ofte kalles «rettsbelæring», forklare spørsmålene og de rettssetninger lagrettemedlemmene skal legge til grunn for avgjørelsen, og gjennomgå bevisene i saken, jf. § 368 annet ledd.»



«Den redegjørelse som gis for rettsreglene, er bindende for lagretten, mens bevisgjennomgåelsen bare er veiledende. Etter § 368 fjerde ledd kan partene før lagretten trekker seg tilbake, forlange at 'særlig påpekte deler av redegjørelsen for rettssetningene' blir protokollert.»

- Men Høyesterett la også stor vekt på straffutmålingspremissene:

«Straffutmålingen foretas etter § 376 e av de tre fagdommerne og et utvalg på fire lagrettemedlemmer – lagrettens ordfører og tre andre medlemmer som tas ut ved loddtrekning.



«[A]vgjørelsen av straffespørsmålet skal begrunnes, og etter langvarig praksis skal fagdommerne og de fire utvalgte lagrettemedlemmene i fellesskap som grunnlag for straffutmålingen gi en beskrivelse av den handling som tiltalte er dømt for.»



«Beskrivelsen av den straffbare handling må blant annet ta stilling til hva som er funnet bevist når det gjelder subjektiv skyld, og der spørsmålene til lagretten er utformet i alternativer bundet sammen med 'og/eller', må det i handlingsbeskrivelsen angis hvilket handlingsalternativ som er funnet bevist.»



«Straffutmålingspremissene gir dermed utførlig informasjon om hva de fire lagrettemedlemmene og rettens tre fagdommere finner bevist. Normalt – når det ikke er holdepunkter for annet – må dette kunne antas også å gi uttrykk for lagrettens syn.»

- Nærmere om rettsbelæringen

§ 368. [...]

Rettsens leder gjennomgår i et kort foredrag bevisene i saken og forklarer spørsmålene og de rettssetninger som skal legges til grunn.

Partene kan be om ytterligere forklaring om bestemte punkter. De kan også sette fram forslag om endringer i spørsmålene.



- Tas opp på bånd
- Forklarer hva som skal til for å svare «ja» på spørsmålene
- Oppsummerer bevisbildet
- Ikke formelt bindende – selv ikke mht. jussen; men i praksis...

- Hvor langt kan lagmannen gå i å påvirke lagretten?
- I Rt. 2005 s. 1702 gikk lagmannen for langt da han uttalte seg sterkt kritisk om grunnlaget for tiltalen:

«Lagmannens plikt til å gjennomgå bevisene i saken skal først og fremst samle lagrettens oppmerksomhet omkring det vesentlige i forhold til de spørsmålene som skal besvares, og gi en ordnet oversikt over hovedpunktene i bevisførselen»



«Lagmannen har ingen plikt til å gi uttrykk for sitt eget syn på bevisene, men det er heller ikke noe til hinder for at han gjør det. Hvorvidt det skal gjøres, beror i høy grad på lagmannens eget skjønn. Det klare rettslige utgangspunkt er derfor at det ikke er en saksbehandlingsfeil at lagmannen har uttalt seg om bevisene.»



«Gjennom rettspraksis er det likevel stilt opp noen begrensninger. Uttalelsene må for det første ikke være misvisende [...]. Der nest – og det er dette som er temaet i vår sak – må de ikke innebære en utilbørlig påvirkning av lagretten.»



«Det lagmannen har brakt inn i vår sak, er ikke et nytt faktisk moment, men en rangering av tiltalens holdbarhet basert på sin 17-årige erfaring som dommer i den samme lagmannsretten. Han kan ikke huske å ha sett en tiltale som er såpass svakt fundert i en alvorlig straffesak. Dette er et utsagn med betydelig tyngde og overbevisningskraft.»



«Det gjøres ikke bare klart at lagmannen selv ikke ville ha kjent tiltalte skyldig, om det hadde stått til ham. Han sier også at han aldri i sin omfattende dommererfaring har sett en sak som har ligget dårligere an bevismessig. En slik rangering kan ikke overprøves av lagretten. Lagmannen har dermed etter mitt syn trukket så store veksler på en erfaring og kompetanse bare han besitter, at grensen for tilbørlig påvirkning er overskredet.»

§ 369. Lagretten trekker seg deretter tilbake i enerom for rådslagning. Den skal ta med seg spørsmålsskriftet som rettens leder har undertegnet.

[...]

§ 370. Rådslagningen ledes av lagrettens ordfører.

Finner lagretten at den trenger ytterligere klargjøring av spørsmålene, av de rettssetninger som skal legges til grunn, eller av den fremgangsmåte som skal følges, eller finner den at spørsmålene bør forandres eller nye spørsmål stilles, vender den tilbake til rettssalen for at rettens leder kan foreta det som er påkrevd. Lagretten kan tilkalle rettens leder for å få veiledning vedrørende de spørsmål som er nevnt i første punktum. [...

§ 371. Når rådslagningen er slutt, stemmer lagretten under ledelse av ordføreren over de enkelte spørsmål i den orden de er stilt. Lagrettens medlemmer trekker lodd om rekkefølgen. Ordføreren stemmer sist.

§ 372. Til et svar som er til ugunst for tiltalte, kreves minst sju stemmer. Det skal tilføyes i svaret at det er gitt med flere enn seks stemmer.

Stemmetallet må ikke i noe tilfelle opplyses nærmere.

Et lagrettemedlem som har stemt for frifinnelse i hovedspørsmålet, deltar ikke i avstemningen om hvorvidt det foreligger slike særlige omstendigheter som nevnt i § 367, men anses som om han hadde tiltrådt den stemmegivning som er gunstigst for tiltalte.

[...]

§ 373. Etter avstemningen vender lagrettens medlemmer tilbake til sine plasser i rettssalen. Ordføreren reiser seg og uttaler: «Lagretten har på ære og samvittighet gitt følgende svar på de spørsmål som er stilt». Deretter leser han opp de svar som er gitt på hvert av spørsmålene.

Ordføreren overleverer spørsmålsskriftet og de underskrevne svar til retten.

- Normalt legges lagrettens kjennelse til grunn

§ 374. Finner retten at lagrettens kjennelse ikke er fremkommet på lovlig måte, eller at den er uklar, ufullstendig eller selvmotsigende, eller oppstår det tvil om svaret uttrykker lagrettens virkelige mening, og mangelen ikke straks kan avhjelpes eller tvilen heves ved en forklaring av ordføreren, kan retten, så lenge dom ikke er avsagt, pålegge lagretten å trekke seg tilbake til ny rådslagning og stemmegivning om det spørsmål mangelen knytter seg til.

§ 376. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, avsier retten frifinnelsesdom såfremt den ikke treffer beslutning etter § 376a.

§ 376a. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte ikke er skyldig, men retten finner det utvilsomt at han er skyldig, kan den med enstemmighet beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere. Ved den nye behandlingen settes lagmannsretten som meddomsrett.

§ 376b. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte er skyldig, legges kjennelsen til grunn ved fastsettingen av straff og annen reaksjon, når ikke retten finner at vilkårene er til stede for å avsi dom i samsvar med annet eller tredje ledd, eller den treffer beslutning etter § 376 c.

§ 376c. Går lagrettens kjennelse ut på at tiltalte er skyldig, men retten finner at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for hans skyld, kan retten beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere. Reglene i § 376 a første ledd siste punktum og annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.

- Har lagretten kjent tiltalte skyldig, skal reaksjonen fastsettes
- Jf. reglene i straffeloven om mulige reaksjonsformer, strafferammer, samt skjerpende og formildende omstendigheter
- Fire medlemmer fra lagretten deltar
- Partene fører bevis og holder prosedyre angående straffespørsmålet

- En *fordel for forsvaret* å dele opp behandlingen; nå kan man fremheve formildende omstendigheter – i stedet for bare å hevde uskyld
- Den endelige dommen skal begrunnes, jf. behandlingen ovenfor
- Her blir altså særlig begrunnelsen i reaksjonsspørsmålet viktig, siden den kaster lys over hva som er funnet bevist, og hvilke rettsspørsmål som har vært de springende

- Begrenset anke:
 - Anke over *saksbehandlingen* = begrenset
 - Påstand: Dommen oppheves (ikke endres)
 - Går evt. til ny behandling i tingretten

§ 343. Feil ved saksbehandlingen kommer bare i betraktning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold.

Følgende feil skal ubetinget tillegges virkning:

- 1) at nødvendig påtalebegjæring mangler,
- 2) at saken ikke er reist av rett myndighet,
- 3) at domstolen ikke var lovlig besatt
[her gjelder visse unntak]

4) at dommen er avsagt av en rett som ikke var domsmyndig i saken,

5) at saken allerede var rettskraftig avgjort,

6) at saken i strid med loven er fremmet i siktedes fravær,

7) at siktede ikke har hatt forsvarer enda det etter loven var nødvendig,

8) at domsgrunnene har mangler som hindrer prøving av anken.

De feil som er nevnt i nr. 1, 2, 6 og 7 får likevel bare ubetinget virkning såfremt dommen er fellende.

- Anke over lovanvendelsen
- Anke over reaksjonsfastsettelsen

§ 344. Bli lovanvendelsen opprettholdt, skal retten ikke endre den utmålte straff, med mindre den finner at det er et åpenbart misforhold mellom den straffbare handling og straffen.

Anke til Høyesterett

- Begrenset ankekompetanse:

§ 306 annet ledd. Anke til Høyesterett kan ikke grunnes på feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

- Kan altså anke over saksbehandlingen og lovanvendelsen + straffeutmålingen

- Kompetansen er altså lik lagmannsrettens ved begrenset anke
- Det får betydning å trekke grensen mellom faktum og juss
- Bevisbedømmelse vs. rettsanvendelsen

- Grensen er særlig flytende når det gjelder skjønnsmessige kriterier i straffebudet
- Rettslig standard (f.eks. «utuktig skrift»).
- Jf. Høyesteretts dommer «Sangen om den røde rubin» og «Uten en tråd»
 - Her vil tolkning og subsumsjon «flyte sammen»



Rettslig standard: Normer utenfor begrepet selv er avgjørende for hvordan begrepet skal *tolkes og anvendes*. Slike normer kan være av for eksempel samfunnsmessig, forretningsmessig og moralsk art. Det fins en rekke slike standarder innenfor ulike deler av jussen.

Eksempler er «god forretningskikk», «urimelig pris», «uaktsom», «utilbørlig», «utuktig skrift». Typisk for slike standarder er at de kan forandre innhold i takt med samfunnsutviklingen, noe som får konsekvenser for hvordan de anvendes av domstolene og andre rettsanvendere.

- Det hører altså til *lovtolkningen* å bestemme hva som til enhver tid *ligger i* en rettslig standard
- Dette er det i siste instans Høyesterett som må ta stilling til
- Kan altså prøves av HR i en anke i en straffesak

”Utuktig” = Mangel på eller fravær av tukt.
Brukt i bibelsk, religiøs og juridisk sammenheng om seksuelle handlinger. Handlingene det refereres til strider mot gjeldende moral eller norm for sedelighet.

- Rt. 1958 s. 479 (Sangen om den røde rubin):

«Hva som er utuktig, vil være avhengig av en skjønnsmessig vurdering. ... [Det er] etter min mening ikke er tvilsomt at Høyesterett har *prosessrettslig kompetanse* til å foreta en slik vurdering.»

(Hører altså ikke til bevisbedømmelsen, men til *lovtolkningen*; sml. strpl. § 306)

«Når det gjelder spørsmålet om hvilken norm man skal legge til grunn, mener jeg det må legges avgjørende vekt på hva som kan antas å være oppfatningen innen den krets av voksne lesere som boken normalt må forutsettes å nå.»



”Et moment av vesentlig betydning i denne forbindelse er den liberalisering som i de siste årtier har foregått i retning av større åpenhet når det gjelder kjønnslivet og erotiske skildringer. Hva som er utuktig må, som jeg før har fremholdt, bli gjenstand for en skjønnsmessig vurdering, og den utvikling som har funnet sted, må selvsagt få en vesentlig betydning ved denne vurdering. Friheten på dette område har nå et betydelig større omfang enn før.”



««Sangen om den røde rubin» går etter min mening - til tross for de momenter jeg har nevnt i forfatterens favør når det gjelder vurderingen av et slikt verk - betenkelig langt. Det gjelder både mengden og arten av de skildringer som på en eller annen måte har med kjønnslige forhold å gjøre.»



«Når jeg allikevel viker tilbake for å karakterisere boken som et utuktig skrift, har det vært avgjørende for meg at domstolene på dette område bør vise den ytterste tilbakeholdenhet. Prinsippet i Grunnlovens § 100 tilsier etter min mening at man hvor det - som her - er tvil, heller bør frifinne enn felle.»

- Saken viser at det er en flytende grense mellom bevisbedømmelsen (som Høyesterett ikke skal prøve) og lovtolkningen (som Høyesterett skal prøve)
- Subsumsjon hører altså til det Høyesterett kan prøve

(Noen strafferettslige betraktninger her):

- Forgjeves prosedert på at slike rettslige standarder ikke kunne godtas i strafferetten, jf. klarhetskravet
- Ble vist til tysk rett som i forfatningen oppstiller krav om en viss bestemthet
- Andenæs: et standard som «utilbørlig eller samfunnsskadelig atferd» ville neppe kunne godtas

- Ankeutvalgets prøvelse
 - Er det anket i tide?
 - Tilfredsstiller anken lovens krav?

Dessuten en viktig sliingsprosess:



§ 323. Anke til Høyesterett kan ikke fremmes uten samtykke av Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke skal bare gis når

- betydning utenfor den foreliggende sak
- av andre grunner er særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett



Anke fra siktede eller fra påtalemyndigheten til siktedes gunst som gjelder forhold siktede er *frifunnet for av tingretten*, men domfelt for i lagmannsretten, kan bare nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke vil føre frem.

- Ikke bevisførsel
- Ikke avhør av siktede eller vitner
- Sakkyndige kan avhøres
- Granskning kan foretas (ikke befaring) – eks. i stigedommen – NB: som riktignok var en *sivil sak*:

Morsom bemerkning fra dissenterende dommer Schweigaard Selmer i "Stigedommen" (NB: En sivil sak):

"At korrekt bruk av stigen etter en inngående demonstrasjon av en liten modellstige etter hvert fremtrådte som åpenbar for hele Høyesterett, finner jeg ikke å kunne legge vesentlig vekt på."

- Anke over kjennelser og beslutninger

§ 377. Kjennelse eller beslutning kan ankes etter dette kapittel av enhver som avgjørelsen rammer, med mindre den kan ankes etter kapittel 23 eller vedkommende kan bruke den som ankegrunn mot en dom eller den etter sin art eller etter særskilt lovregel er uangripelig.

§ 378. Kjennelser og beslutninger under hovedforhandlingen kan ikke ankes uten i følgende tilfelle:

1) når de avviser, hever eller utsetter saken,

2) når de angår fengsling, ransaking, gransking av person, beslag, heftelse, rettergangsstraff, erstatning eller saksomkostninger,

- 3) når de er rettet mot tredjemann,
- 4) når de avslår en begjæring om oppnevning av offentlig forsvarer,
- 5) når de er truffet etter bestemmelsene i § 242 a, § 264 sjette ledd, § 267 første ledd tredje punktum, jf. § 264 sjette ledd eller § 292 a.

Gjenåpning

- En ekstraordinær «sikkerhetsventil»
- Innebærer en helt ny behandling av saken

§ 389. En sak som er avgjort ved rettskraftig dom, kan etter begjæring av en part gjenåpnes til ny prøving når vilkårene i §§ 390-393 foreligger. [...]

§ 390. Gjenåpning kan kreves når en dommer eller et lagrettemedlem som har deltatt i behandlingen av saken, etter loven var utelukket fra dommerstillingen eller ugild, og det er grunn til å anta at dette kan ha hatt betydning for avgjørelsen.

Gjenåpning kan likevel ikke kreves av en part som har eller kunne ha gjort feilen gjeldende under saken.

- Brukes sjelden
 - man er gjerne oppmerksom på slike forhold
 - er da mulig å anke, selv om fristen er ute
 - dog kan den ha betydning ved Høyesterettsdom, siden den ikke kan ankes

- Til gunst for siktede - § 391

(1):

- dommer, lagrettemedlem, aktor, forsvarer, sakkyndig mv. begått straffbart forhold
- falsk vitneforklaring
- falsk eller forfalsket dokument
- ikke utelukkes at innvirket til skade for siktede,

(2) Internasjonal domstol eller MR-komiteen
funnet:

- a) *avgjørelsen* er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, og ny behandling må antas å burde føre til en annen avgjørelse, eller
- b) *saksbehandlingen* er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, hvis det er grunn til å anta at saksbehandlingsfeilen kan ha innvirket på avgjørelsens innhold

(3) Den praktisk viktigste regelen:

- ny omstendighet, eller
- nytt bevis
- synes egnet til å føre til frifinnelse eller avvisning eller mildere straff

- Rt. 1994 s. 1149 (Lilandsaken):

«Det bildet de nye sakkyndige gir av den rettsmedisinske situasjon, fremstår på vesentlige punkter som forskjellig fra det de tidligere sakkyndige har gitt. Selv om også disse ga uttrykk for tvil og forbehold, blir forskjellen så stor at kjæremålsutvalget ikke finner det tvilsomt at de nye erklæringene må anses som nye bevis i saken.»



«[F]ormuleringen 'synes egnet til' betyr at en rimelig mulighet er tilstrekkelig.

Sannsynlighetsovervekt for at domfelte vil bli frifunnet ved en ny behandling av saken, kreves ikke.»



«Påtalemyndigheten har med styrke anført at det må stilles særlig sterke krav til de nye bevis når det som her dreier seg om en meget gammel dom. I dette tilfelle dreier det seg imidlertid om en dom for meget alvorlige forhold, og de hensyn som er fremhevet av påtalemyndigheten, kan i alle fall ikke ha mer enn en meget begrenset vekt.»



«Når de nye sakkyndige erklæringene settes opp mot de tidligere, kan det ikke sies å foreligge noen slik støtte fra medisinsk sakkyndige for at skadetilføyelsene skjedde den 22. desember, som synes forutsatt under behandlingen av straffesaken. Bevissituasjonen blir på dette punkt en vesentlig annen.

Etter kjæremålsutvalgets oppfatning foreligger en rimelig mulighet for at A kan bli frifunnet ved en ny behandling av saken.»

- Saken gjaldt det rettsmedisinske spørsmålet *når offeret døde*, beregnet ut ifra det forhold at alkohol forbrennes så lenge offeret lever
- I Liland-saken nedla begge parter til slutt ned *felles påstand* om frifinnelse
- Både nye omstendigheter (f.eks. en ny straffrihetsgrunn anførers) og nye bevis (eks. et nytt vitne) er relevant

§ 392. Selv om vilkårene i §§ 390 eller 391 ikke er til stede, kan gjenåpning til gunst for siktede besluttes når Høyesterett har fraveket en lovtolking som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på.

Det samme gjelder når særlige forhold gjør det tvilsomt om dommen er riktig, og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om siktedes skyld blir prøvd på ny.

- Hva med f.eks. passbåt dommene..?

Til *skade* for siktede –

§ 393:

(1)

- falsk vitne forklaring, dokument mv.
- siktede har gjort seg skyldig i straffbart forhold med hensyn til saken, og
- grunn til å anta at dette har ført til frifinnelse eller vesentlig for mild straff



(2)

- pga. egen tilståelse eller andre nye opplysninger
- må antas at han er skyldig i den straffbare handling eller en vesentlig grovere straffbar handling enn den han er dømt for

Når ikke fengsel i mer enn 3 år er mulig:

- bare når siktede har gjort seg skyldig i straffbart forhold med hensyn til saken.

(Her har altså et annet hensyn enn ønsket om oppklaring vunnet fram; *saker skal ha en ende*)

Utlevering m.v.

- En viktig side av et lands straffeprosess
- *Mistenkte* er i utlandet (og ikke *in absentia*)
- *Domfelte* har flyktet til en annen stat
- *Overføre* pågående straffesak til en annen stat

- Folkerettens regler balanserer:
 - Kriminalitetsbekjempelse
 - Statssuverenitet
 - Mistenktes menneskerettigheter
- Bilaterale og multilaterale overenskomster:
 - må tolkes i lys av relevante menneskerettigheter

- Europa før 2002: Først og fremst Den europeiske utleveringskonvensjonen (1957)
- Nå EUs *Framework Decision* om arrestordrer (2002) for statspartene
- Viktig for stater ikke å bli en frihavn
- Vilkår for utlevering avtales mellom stater
- Gjennomføres etter forvaringsstatens lovgivning etter administrativ eller rettslig behandling

Typiske vilkår:

- Minstestraff og dobbel straffbarhet
 - Utlevl. (13. juni 1975 nr. 39) § 3(1) (minst 1 år)
 - Utlevl. §3(1) (dobbelt straffbarhet)

- Ikke politiske forbrytelser
 - gjenstand for subjektiv tolkning (sympatier)
 - dog likevel ved drap
 - asyl til politiske flyktninger fra totalitære stater (politisk virksomhet i strid med udemokratisk ytringsforbud)
 - Etter terrorbølgen: Tidligere «frihetskjempere» ses nå på som kriminelle (fordi metodene deres er blitt mer brutale)

- Dødsstraff og inhuman behandling
 - mange stater tillater ikke utlevering ved risiko for dødsstraff, tortur eller andre grove menneskerettighetskrenkelser i forumstaten, jf. (utlevl. § 12 (1) (d))
 - Den europeiske utleveringskonvensjonen gir stater rett til å nekte uten garanti for at dødsstraff ikke vil bli idømt

- *Soeringsaken*: Utlevering fra UK til USA av ung tysker som var mistenkt for sammen med sin amerikanske kjæreste å ha drept hennes foreldre
- EMD: «Death row» er en krenkelse *Storbritannia* evt. kunne holdes ansvarlig for.
- Utlevering unntaksvis i strid med EMK artikkel 6 (fair trial) «where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country»

Ne bis in idem

- Den europeiske utleveringskonvensjon art. 9
- Også om forvaringsstaten straffeforfølger
- *Ne bis in idem*-prinsippet gjelder normalt bare innen samme rettssystem, men vilkåret er naturlig – siden inngripende for vedkommende

- Spesialitetsprinsippet
 - Forumstaten kan ikke straffeforfølge for *andre forbrytelser*
 - Bare da har forvaringsstaten *reell* kontroll
 - Også *videre utlevering* til en tredjestat
 - Utleveringsloven § 12 (1) b

- Unntak for egne borgere
 - Vanlig unntak i utleveringsavtaler
 - Formulert som en *rett* for forvaringsstaten
 - Noen stater *forbyr* utlevering av egne borgere
 - Utleveringsloven § 2

- Begrunnelsen todelt:
 - «Rettighet» for en statsborger bli i hjemstaten
 - Kan ikke «dras ut av sin hjemlige jurisdiksjon»
 - Ikke helt holdbart og kan føre til urimelig straffrihet
 - Derfor avtales noen ganger en forpliktelse for *hjemstaten* til å straffeforfølge

- 2001 EU-statene opphevet unntaket for egne statsborgere ved utlevering til en annen EU-stat
- Norge: Ikke overfor andre nordiske stater
- Utlevl. § 27, jf. lov om utlevering av lovbrøyttere til Danmark, Finland, Island og Sverige, 3. mars 1961 nr. 1 § 2

Overprøving av begjæringens underliggende faktum

- Presumpsjon for rederlighet + god tro + fair trial
- Forvaringsstaten kan som hovedregel ikke ta stilling til det underliggende faktum
- Bare om faktum *slik det er fremstilt* oppfyller vilkårene
- Sedvanerettslig status (kan avtale annet)

- Å overprøve kunne bli oppfattet som en suverenitetskrenkelse
- I *Jhiradsaken* uttalte en amerikansk anke-domstol:

«It is not the business of our courts to assume the responsibility for supervising the integrity of the judicial system of another sovereign nation.»

- Samtidig kan gal fremstilling i verste fall gi justismord
- Kan nekte hvis grunn til å tro at forumstaten mot bedre vitende har presentert gale opplysninger/innhentet gjennom grov krenkelse av menneskerettigheter



Saifisaken:

Engelsk anke-domstol nektet utlevering til India fordi begjæringen bygget på en politiforklaring som var gitt under utilbørlig press og senere trukket tilbake. Domstolen fryktet at Saifi ikke ville få en rettferdig behandling om han ble utlevert.

Kidnapping fra forvaringsstatens territorium

- Misligholder en stat en utleveringsplikt, kan forumstaten gå til *søksmål* ved ICJ
- Unntaksvis trosser forumstaten folkeretten og *kidnapper* mistenkte
- Folkeretten tillater ikke slik *selvtekt*

- Argentina kidnappet Eichmann fra Argentin
- Henrettet i Israel 1962
- USA kidnappet Noriega fra Panama

Amerikansk domstol opptatt av Argentinas suverenitet, ikke Noriegas menneskerettigheter:

“[I]ndividuals have *no standing* to challenge violations of international treaties in the absence of a protest by the sovereign involved”.

Etter «kidnapping»; er en *etterfølgende* straffeforfølgning lovlig?

- *Male captus bene detentus?*
- Mot straffeforfølgning: hensynet til suverenitet og menneskerettighetene
- For straffeforfølgning: Viktigheten av å stille de skyldige til ansvar

- Vekten av hensynene kan variere fra sak til sak:
 - Er kidnappingen foretatt av representanter for forumstaten, styrkes suverenitetsinnsigelsen
 - Er det snakk om svært alvorlige forbrytelser, styrkes behovet for å straffeforfølge
 - Har vedkommende blitt utsatt for spesielt grove krenkelser i forbindelse med kidnappingen og overleveringen, styrkes menneskerettighetsinnsigelsen

- *Nikolicsaken* (ICTY):
 - Nikolic pågrepet og overlevert til Haag av utenlandske ikke-statlige agenter i Jugoslavia.
 - ICTY: I forhold til en domstol som var *opprettet av Sikkerhetsrådet*, spilte suverenitetshensyn en mindre rolle.
 - ICTY viste til at *ingen statlige aktører* eller representanter for ICTYs hovedanklager hadde medvirket til pågripelsen

- Domstolen understreket sitt *ansvar* for å sikre tiltaltes menneskerettigheter, men fant at tiltalte ikke var utsatt for noe "serious mistreatment":

«[I]n a situation where an accused is very seriously mistreated, maybe even subjected to inhuman, cruel or degrading treatment, or torture, before being handed over to the Tribunal, this may constitute a legal impediment to the exercise of jurisdiction over such an accused.»

Sikkerhetsrådets medvirkning til utlevering

- FNs sikkerhetsråd kan diktere forvaringsstaten til å utlevere til forumstaten
- Jf. *Lockerbiesaken*:

Libya hadde rett til å nekte å utlevere egne statsborgere, men sikkerhetsrådet dikterte Libya til å utlevere til Skottland (etablerte forpliktelse)

STATERS STRAFFEJURISDIKSJON

- Prosessuell forutsetning for straffeforfølgning
- En funksjon av statens suverenitet
- Skille mellom:
 - Straffejurisdiksjon
 - Utøvende jurisdiksjon

- Det kreves *positiv hjemmel* i folkeretten for å straffeforfølge
- Straffeprosessloven og straffeloven gjelder med de begrensningene som følger av folkeretten
- Dagens § 12 går langt; også 2005-loven

- Hvilke handlinger tillater folkeretten at våre domstoler straffeforfølger?
- Manglende jurisdiksjon = suverenitetskrenkelse
- Utgangspunkt: En stat må kunne beskytte sitt territorium, sine borgere og andre vitale interesser

- Folkerettens fem jurisdiksjonsprinsipper:
 - Territorialprinsippet
 - Personalprinsippet
 - Det passive personalprinsippet
 - Beskyttelsesprinsippet
 - Universalprinsippet

- Territorialprinsippet
 - Ukontroversielt
 - Statens territorialhøyhet
 - Klar legitim interesse for staten i å styre

- Personalprinsippet
 - Statens personalhøyhet
 - Ukontroversielt
 - Eldre prinsipp enn territorialprinsippet
 - Ulemper med prinsippet? (*Leipzigsakene*)

- Det passive personalprinsippet
 - Var tidligere kontroversielt
 - 1886: *Cuttingsaken* i USA ("a citizen of the United States [cannot be prosecuted in Mexico] for an offence committed ... In his own country, merely because the person offended happened to be a Mexican

- 1986: USAs *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*
- *Achille Lauro*-saken; Italia ville ikke utlevere til USA
- Ulemper med prinsippet?
- Sml. *Eichmannsaken*

- Beskyttelsesprinsippet
 - Beskytte statens vitale interesser
 - Ukontroversielt i dag
 - Men skal *staten selv* avgjøre når statens «vitale interesser» er truet?
 - *Gonzalesaken*: Angikk ”drug trafficking” statens sikkerhet?

- Universalprinsippet
 - Menneskerettighetsforkjempere hevder det gjelder for alle ”internasjonale forbrytelser”
 - Folkemordkonvensjonen (1948)
 - Genevekonvensjonene (1949)
 - Torturkonvensjonen (1984)

- Folkerettslig sedvane?
 - Staters lovgivning
 - Staters rettspraksis
 - Foreløpig relativt lite praksis
 - Nevnt i *Repaksaken* (men norsk borger)

- En folkerettslig sedvane er under utvikling
- Den norske 2005-loven er progressiv
- Legitimt for stater å søke å ekspandere folkeretten

- Mulige betingelser for universaljurisdiksjon
 - Tiltaltes tilstedeværelse?
 - Subsidiaritet (førsterett for berørte stater)?
 - Politisk uavhengig beslutning?
 - Respektere immunitetsreglene

- Hvordan kan spørsmålet om manglende jurisdiksjon reises?
 - Domstolen av eget tiltak
 - En annen stat for ICJ
 - Kan tiltalte selv reise spørsmålet?
 - MR-domstoler

IMMUNITET FRA STRAFF

- En prosessuell forutsetning for straffeforfølgning: Ingen immunitet
- Hvem kan nyte immunitet?
 - Diplomater
 - Statsoverhoder
 - Regjeringsjefer
 - Utenriksministere

- Straffeforfølgning i hjemstaten
 - Ikke noe *folkerettslig* hinder
 - Men ofte konstitusjonelle internrettslige hindre
- Grl. § 5:
«Kongens Person er hellig; han kan ikke lastes, eller anklages. Ansvarligheden paaligger hans Raad.»

- Straffeforfølgning i en fremmed stat

- Personlig immunitet

Gjelder *alle forhold* (også tidligere og private) mens vedkommende sitter på sin post

Begrunnelse – legge til rette for utenrikssamarbeid + fred og sikkerhet

- Funksjonell immunitet

Gjelder *offisielle handlinger* på vegne av staten

Gjelder også etter at vedkommende forlater sin post

Begrunnelse: Avledet fra statsimmuniteten som ikke kan omgås gjennom individuell straffeforfølgning av statshandlingen

- Spørsmål kan rettes til: jo.stigen@jus.uio.no

LYKKE TIL!