

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

JUS4211 1 Prosess og strafferett

Emnekode JUS4211

Vurderingsform Hjemmeeksamen

Starttid 22.12.2020 07:45

Sluttid 22.12.2020 12:30

Sensurfrist 13.01.2021 22:59

Oppgave Tittel Oppgavetype Informasjonsdokument Dokument **Seksjon 2**

Oppgave Tittel Oppgavetype 1 Svarfelt Langsvar

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

2/17

JUS4211 – Prosess og strafferett

Høst 2020

Dato: Tirsdag 22. desember

Tid: 08:45 – 13:30

Peder Ås er en råtass av en syklist og legger stor stolthet i tidene han oppnår på vei fram og tilbake til jobben. Av den grunn er ikke Ås så opptatt av å følge sykkelveien, men kjører normalt midt i kollektivfeltet for å oppnå høyest mulig fart og best mulig tid på strekningen hjem.

Lars Holm er bussjåfør og møter ofte på Peder Ås når han kjører sin faste rute ut Fosseveien. Selv om Ås er rask på sykkel, klarer han likevel ikke holde fartsgrensen på veien. Dette har skapt stor frustrasjon hos Holm, som da verken klarer å holde rutetidene sine, eller rekker hjem til samboerens nystekte vafler før hun reiser avgårde på nattevaktene sine.

En dag får Holm nok, og etter å ha tutet nytteløst på Ås i flere kilometer, bestemmer han seg for å skremme Ås litt. Han kjører derfor tett oppi rompa til Ås for så å tute i den hensikt å få han til å skvette litt og kanskje skjønne alvorret. Ulykksalig fører dette til at Peder Ås, skvetter så mye at han ramler av sykkel og blir overkjørt av bussen. Ås dør senere av skadene på sykehuset, og politiet tar ut siktelse mot Lars Holm for overtredelse av straffeloven § 281 og vegtrafikkloven § 31 jf. § 3.

Etter en del etterforskning, beslutter likevel politimesteren i Lillevik seg for at saken skal henlegges på bakgrunn av bevisets stilling. Politimesteren utferdiger derfor en henleggelsesbeslutning som undertegnes 1. mai 2020. Det blir ramaskrik av dette i sykkelmiljøet, og etter mye skrivelser i avisene, finner statsadvokat Kim Maarud ut at saken bør påtales, og omgjør henleggelsen 2. august 2020 og tar ut tiltale i tråd med den tidligere siktelsen.

Holm mener at det foreligger flere prosessuelle skranke for at han nå kan bli straffeforfulgt slik tiltalen lyder. For det første mener han at saken ikke kan gjenopptas uten at det er nye opplysninger i saken. For det andre mener han at påtalemyndigheten i hvert fall må velge mellom enten straffeloven § 281 eller vegtrafikkloven § 31 jf. § 3, da han ikke kan straffes for begge deler samtidig.

Statsadvokaten som nå har tatt over saken mener at det ikke foreligger noen skranke for å gjenoppta straffeforfølgningen, da politimesteren ikke hadde påtalekompetanse i saken, og at statsadvokaten uansett kunne omgjøre en slik henleggelse etter straffeprosessloven § 75 (2).

Tiltalen mot Holm ble opprettholdt og oversendt retten, som ble satt med dommerfullmektig Marte Kirkerud. Marte, som hadde gått i klassen til datteren til Holm på barneskolen, følte seg noe ubekvem med å ta saken, men turte ikke si imot domstolleder. Hun reiste likevel spørsmålet om habilitet under saksforberedelsen og medga at hun verken da eller siden hadde hatt noe kontakt med Holms datter. Ingen av partene hadde innvendinger til habiliteten, men Holm nektet å la seg dømme av et barn, og mente det måtte være en av de eldre dommerne som måtte sette rett.

Under hovedforhandlingen ønsket påtalemyndigheten å føre Kristian Krik som vitne. Krik hadde sittet helt foran i bussen og hadde avgitt politiforklaring. Han var det eneste vitnet påtalemyndigheten hadde klart å oppdrive. Krik som var en skikkelig sykkelhater og derfor mente at Peder egentlig hadde fått som fortjent, valgte å reise bort under hovedforhandlingen. Politiet ble sendt på leting etter Krik, men fant han verken på bopel eller hytta. Påtalemyndigheten ønsket dermed å lese opp politiforklaringen til Krik. Dette protesterte forsvareren til Holm høytlytt mot og begjærte beviset avskåret.

Holm på sin side, hadde også avgitt forklaring for politiet. Den ble gitt på stedet etter påkjørselen. Holm som hadde vært svært oppskaket, hadde ikke fått med seg noe av hva politiet hadde sagt, men hadde lagt alle kortene på bordet med en gang og fortalt at det var hans skyld og at han hadde opptrådt helt uforsvarlig i kjøringen sin.

Under hovedforhandlingen hadde Holm kommet på bedre tanker, og i frykt for å miste både førerkortet og jobben ønsket han nå ikke å avgi forklaring. Aktor ønsket dermed også å lese opp hans tidligere forklaring. Forsvarer mente at dette måtte det finnes regler mot, og ba dommerfullmektigen vurdere om dette var lovlig, og dersom det ikke var lovlig ønsket de at forklaringen skulle nektes ført. Aktor fremhevet at de i tilfelle ville føre politimannen som hadde tatt forklaringen, så det var ingen vits å protestere mot opplesningen.

Denne saken var imidlertid ikke det eneste problemet til Holm. På samme tid avdekket politiet at Holms samboer hadde anlagt en hasjplantasje i kjelleren. Det var på det rene at Holm ikke hadde deltatt i anleggelsen av plantene eller oppfordret til dette, men Holm stod som eneeier av boligen og hadde elsket hasjvaflene som samboeren

hadde laget av plantene. Tiltalen mot Holm ble derfor utvidet til også å gjelde medvirkning til overtredelse av straffeloven § 231. Holm erkjente ikke straffeskyld for dette og forsvareren ba om at Holm skulle bli frifunnet da han mente Holm ikke kunne anses å ha medvirket til samboerens overtredelse da han hadde forholdt seg helt passiv.

Ta stilling til de prosessuelle og strafferettslige spørsmålene oppgaven reiser. Spørsmålet om straffeansvar for overtredelse av straffeloven § 281 og veitrafikkloven § 31, jf. § 3, skal ikke vurderes.

Svarfelt

Skriv ditt svar her

Oppgaven reiser både straffeprosessuelle og strafferettslige spørsmål i saken til Lars Holm. Disse drøftes etter tur.

1. Prosessuelle skranker for straffeforfølgning

1.1 Innledning

Lars Holm anfører at det er flere prosessuelle skranker for straffeforfølgning. Dette forstås som en anførsel om at saken må avvises i tingretten.

Etter § 285 første ledd kan hovedforhandlingen begrenses til et spørsmål om avvisning inntil spørsmålet er avgjort.

Om en sak skal avvises, er et spørsmål om de såkalte prosessforutsetningene for å realitetsbehandle straffesaken i tingretten er til stede. Straffeprosessloven inneholder ingen allmenn regulering av hvilke forutsetninger som må være til stede for å behandle en sak. Spørsmålet må avgjøres etter en tolkning av den enkelte regel.

Holm anfører for det første at henleggelsesbeslutningen stenger for straffeforfølgning, og for det andre at han ikke kan straffeforfølges etter både vtrl. § 31, jf. § 3 og strl. § 281. Disse drøftes etter tur.

1.2 Henleggelsen

Det første spørsmålet er om henleggelsesbeslutningen stenger for straffeforfølgning

Påtalemyndigheten har en alminnelig adgang til å innstille en sak, jf. § 72 første punktum. Med «innstille» forstås henleggelse. Dette er en beslutning fra påtalemyndigheten om at et forhold ikke skal møtes med en strafferettslig reaksjon, og er et såkalt negativt påtalevedtak.

Da en henleggelse nettopp innebærer en beslutning om at en sak ikke skal straffeforfølges, skal en sak reist etter at en slik beslutning er tatt, avvises fra domstolene, jf. f.eks. Rt-1990-974. Dette er skal verne om mistenktes innrettelsesbehov for at saken nå er ferdig og ute av verden.

En henleggelsesbeslutning kan derimot som en klar ulovfestet straffeprosessuell regel omgjøres. Omgjøringen må likevel skje innenfor rammene av reglene i §§ 74 og 75, som setter opp skranker av hensyn til innrettelse for den siktede.

Kompetanse til å henlegge

Det kan derimot først reises spørsmål om politiadvokaten i det hele tatt hadde adgang til å henlegge saken.

Etter strpl. § 67 annet ledd bokstav a avgjør «politiet» «spørsmålet om tiltale» i saker om lovbrudd som ikke «kan medføre fengsel i mer enn ett år».

Ordet «tiltale» skal etter sikker rett forstås i vid betydning, og omfatter ikke bare avgjørelsen om å reise tiltale etter § 249, men enhver avgjørelse om påtale jf. Strpl.kom. innst. side 173–174. Dette inkluderer dermed henleggelse.

Politiet har imidlertid etter påtaleinstruksen § 17-1 fått en generell adgang til å henlegge straffesaker dersom ingen har vært siktet i saken. Dersom politiet i medhold av denne bestemmelsen har henlagt en sak, får dette samme virkning som om henleggelsen var gjort av tiltalekompetent myndighet, jf. NOU 1984:

Etter § 17-1 annet ledd skal politiet likevel forelegge spørsmålet om å frafalle siktelsen til en overordnet påtalemyndighet der noen «må anses som siktet i en sak» og «spørsmålet om tiltale» hører under denne.

Hvem som er siktet, er uttømmende regulert i strpl. § 82, og omfatter blant annet når påtalemyndigheten har «erklært ham for siktet». Påtalemyndigheten tok ut siktelse mot Holm før de henla forfølgningen, og Holm er dermed «siktet i saken», jf. strpl. § 82.

Spørsmålet er dermed om "spørsmålet om tiltale» hører under statsadvokaten. Statsadvokatens kompetanse er negativt avgrenset til politiets, jf. § 66.

Etter strpl. § 67 annet ledd bokstav a avgjør «politiet» «spørsmålet om tiltale» i saker om lovbrudd som ikke «kan medføre fengsel i mer enn ett år». Det må etter bestemmelsen både avgjøres om politiadvokaten er en del av den personelle avgrensningen «politiet», og om den aktuelle tiltalen er et lovbrudd som «kan medføre fengsel i mer enn ett år».

Spørsmålet baseres på straffebudene som følger av tiltalen, jf. Rt-2015-65. I vår sak er det tatt ut tiltale mot Holm for overtredelse av § 281 og vtrl. § 31, jf. § 3.

Politiet er todelt mellom påtalemyndigheten og øvrige polititjenestemenn, og ordet «politiet» skal i straffeprosessloven tolkes som påtalemyndigheten i politiet slik det fremkommer av § 55a første ledd nr. 3 og 4. Det følger av § 67 tredje ledd første punktum at saker som nevnt i annet ledd bokstav b og c skal avgjøres av politimesteren. En antitetisk tolkning medfører at alle polititjenestemenn med påtalemyndigheten kan avgjøre saker som nevnt i bokstav a. Politiadvokaten er dermed en del av «politiet».

Ordlyden «kan medføre» tilsier at det er den øvre strafferammen i hvert enkelt straffebud som er avgjørende, ikke hvilken straff som er påregnelig i den konkrete saken.

Vtrl. § 31, jf. § 3 har en strafferamme på 1 år, og omfattes dermed av bokstav a.

Strl. § 281 har en strafferamme på 6 år, og er heller ikke listet opp i bokstav b eller c. Politiet hadde dermed ikke adgang til å henlegge siktelsen mot Holm etter dette straffebudet, jf. § 67, jf. påtaleinstruksen § 17-1 annet ledd.

Delkonklusjon: politiadvokaten hadde kompetanse til å henlegge siktelsen mot Holm for overtredelse av vtrl. § 31, jf. § 3, men ikke § 281.

Omgjøring

Spørsmålet er om henlegges da kunne omgjøres.

Omgjøringen må skje innenfor rammene av reglene i §§ 74 og 75, som setter opp skranker av hensyn til innrettelse for den siktede.

§ 74

Spørsmålet er om påtalemyndigheten hadde adgang til omgjøring etter § 74.

Straffeprosessloven § 74 første og sjette ledd inneholder begrensninger i adgangen til å gjenoppta forfølgningen «til ugunst for den siktede», jf. syvende ledd.

Omgjøring av henleggelsen til en tiltalebeslutning er klart «til ugunst» for Holm. Som nevnt er han siktet i saken, jf. § 82. Holm er etter dette beskyttet av adgangen til å gjenoppta forfølgningen etter § 74.

Straffeprosessloven § 74 første ledd åpner for omgjøring der det «senere blir oppdaget bevis av vekt». Grunnen til omgjøring «ramaskrik i sykkelmiljøet» og «mye skriverier i avisene». Det er dermed ikke oppdaget «bevis av vekt», jf. første ledd første punktum.

Straffeprosessloven § 74 femte ledd åpner for omgjøring der forfølgningen er innstilt fordi en «nødvendig påtalebegjæring eller en annen forutsetning for å fremme saken manglet, kan den tas opp på ny om mangelen blir avhjulpet.» I vår sak var grunnen til henleggelsen bevisets stilling, og ikke at det manglet en prosessforutsetning for å fremme saken. Omgjøringsgrunnen kommer ikke til anvendelse.

Ingen av omgjøringsgrunnene etter § 74 første eller femte ledd til anvendelse. Etter § 74 sjette ledd kan en forfølgning «ellers» bare tas opp på ny ved omgjøring av overordnet myndighet etter § 75 annet ledd, ved

avgjørelse i klagesak etter § 59 a eller når vilkårene for gjenåpning er oppfylt.

Det er ikke klaget på omgjørelsen, og vilkårene for gjenåpning etter strpl. kapittel 27 er ikke oppfylt. Det avgjørende blir om påtalemyndigheten hadde adgang til omgjøring etter § 75.

Omgjøring etter § 75

Spørsmålet er om påtalemyndigheten hadde adgang til omgjøring etter § 75.

Etter § 75 annet ledd kan en beslutning om å frafalle en påbegynt forfølgning mot en siktet omgjøres av «overordnet påtalemyndighet innen tre måneder». Fristen gjelder selv om beslutningen ikke er truffet av kompetent påtalemyndighet. Det der dermed uten betydning at henleggelsen av strl. § 281 ble besluttet av politiadvokaten, som ikke var kompetent, jf. over.

Bestemmelsen gir en overordnet myndighet en generell mulighet til å omgjøre en henleggelse, uavhengig av grunnen for omgjøring. Med «overordnet påtalemyndighet» forstås overordnet på organnivå, jf. påtalemyndighetens hierarkiske oppbygning. I vår sak er statsadvokaten overordnet politimesteren, jf. strpl. § 58. Videre er Holm siktet, jf. § 82. Bestemmelsen kommer til anvendelse.

Det eneste vilkåret for omgjøring er at det skjer «innen tre måneder».

I vår sak ble saken henlagt 1. mai 2020, og omgjort 2. august 2020. Dette er nøyaktig én dag over 3 måneder. Det er i utgangspunktet over tiden.

Derimot faller 1. august på en lørdag. Spørsmålet er da om fristen må utsettes til mandagen, dvs. 3. august.

Hvordan fristen beregnes, følger ikke av bestemmelsen. Av hensyn til en forutberegnelig fristberegning, kan det tilsi at fristberegningen følger samme prinsipper etter domstollovens regler om fristberegning i kapittel 8. En analogi til dl. § 145 innebærer da at fristen utsettes til mandagen.

På den annen side er bestemmelsene i dl. Kapittel 6 gitt for partene i en sak, og skal sikre forutberegnelighet og rimelighet for deres prosesshandlinger. I dette tilfelle gjelder det påtalemyndighetens egne handlinger. Disse har ikke samme behov for vern. Etter dette må fristens slutt falle på en lørdag.

Etter dette var fristen ute før omgjøringen, og § 75 annet ledd gir ikke hjemmel.

Saken må da avvises.

Konklusjon: henleggelsen kunne ikke omgjøres, og det skal ikke medføre at saken må avvises.

Resten av oppgaven gjøres under forutsetning av at fristen for omgjøring ikke var gått ut, og at saken ikke skal avvises.

1.3. Konkurrens

Spørsmålet er om Holm kan straffes etter både straffeloven § 281 eller vegtrafikkloven § 31 jf. § 3 samtidig.

Dette forstås som et spørsmål om idealkonkurrens, dvs. om tiltalte ved en og samme handling kan straffes for flere lovbrudd, jf. for eksempel Rt-2003-1376.

Regler om konkurrens kan følge av straffebudet gjennom en såkalt subsidiaritetsklausul, dvs. at straffebudet skal være subsidiært i forhold til det andre. Hvis ikke en slik foreligger, beror vurderingen på den ulovfestede læren etter rettspraksis og juridisk teori.

Etter vegtrafikkloven § 31 første ledd første punktum straffes den som overtrer § 3, “dersom forholdet ikke går inn under strengere straffebud”. Etter første ledd fjerde punktum skal den som ved “bruk av motorvogn uaktsomt volder (...) en annens død”, straffes etter straffeloven § 281. Dette forstås som en subsidiaritetsklausul, og vtrl. § 31, jf. § 3 skal da ikke anvendes ved siden av § 281.

Delkonklusjon: vtrl. § 3 og § 281 kan ikke anvendes i konkurrens.

Virkning

Holm anfører at dette er en “prosessuelle skranke for straffeforfølgning”. Dette er over forstått som et spørsmål om avvisning.

Det kan imidlertid ikke være slik at en sak skal avvises dersom ikke samtlige straffebud kan tas under

realitetsbehandling. En mer riktig konsekvens må være at retten avgrenser spørsmålet om straffeskyld til straffeloven § 281.

6/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Etter § 285 annet ledd skal retten skal gi adgang til å avhjelpe feil som hindrer fremme av saken, og innrømme den nødvendige utsettelse. Påtalemyndigheten må dermed få tid til å fjerne vtrl § 31, jf. § 3 fra tiltalebeslutningen.

Konklusjon: retten skal bare behandle spørsmålet om overtredelse av straffeloven § 281.

2. Domstolens besetning

2.1 Kan en dommerfullmektig behandle saken?

Spørsmålet er om dommerfullmektig Marte Kirkerud kan behandle saken.

Etter § 276 fjerde ledd kan retten ikke settes med dommerfullmektig i sak om lovbrudd som «etter loven kan medføre fengsel i mer enn 6 år».

En naturlig forståelse av ordlyden «etter loven kan medføre» tilsier at det er strafferammen i det enkelte straffebud som er avgjørende, ikke hvilken straff som kan forventes for den konkrete overtredelsen. Ordlyden «mer enn» tilsier at en ramme på 6 år kan behandles av fullmektigen.

I vår sak er Holm tiltalt for overtredelse av straffeloven § 281, som har en strafferammen på 6 år. Dette er akkurat innenfor det en dommerfullmektig kan behandle.

Konklusjon: dommerfullmektig Marte Kirkerud kan behandle saken, jf. straffeprosessloven § 276 fjerde ledd.

2.2 Inhabilitet

Spørsmålet er om dommerfullmektig Kirkerud er inhabil i saken fordi hun gikk i samme klasse som datteren til Holm.

Regler om habilitet for dommere følger av domstolsloven kapittel 6.

§§ 106 og 107 stiller opp en rekke situasjoner som automatisk medfører inhabilitet. Å ha gått i samme klasse som datteren til tiltalte på barneskolen følger ikke av disse bestemmelsene.

Spørsmålet er om dette medfører inhabilitet etter den skjønnsmessige regelen i § 108.

Det følger av § 108 første punktum at en dommer er inhabil når det foreligger «andre særegne omstendigheter» som er «skikket til å svekke tilliten til hans ugildhet». Etter annet punktum skal det legges vekt på om innsigelsen er reist av en part.

Spørsmålet er om det at dommerfullmektig Kirkerud tidligere gikk i samme klasse som tiltaltes datter er en «særegen omstendighet» som er «skikket til å svekke tilliten til hennes ugildhet».

Ordlyden «særegne» tilsier at det må foreligge et forhold utenom det vanlige, og at terskelen er høy. Ordlyden «skikket til å svekke tilliten» tilsier at situasjonen objektivt sett kan svekke tilliten til at dommeren tar en upartisk avgjørelse, og ikke om hvor stor tillit man tillegger tjenestemannens personlige integritet, jf. kravet til en «uavhengig domstol» i GrL § 95 og EMK art 6. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. for eksempel Rt-2019-759. Det skal det gjøres en toleddet vurdering, både om dommeren vil kunne ta en upartisk avgjørelse som ikke er påvirket av irrelevante hensyn (subjektiv vurdering), men også om hvordan situasjonen «tar seg ut» i forholdet til partene og allmennheten (objektiv vurdering), jf. Rt-2011-1348. Rettspraksis har i økende grad lagt vekt på sistnevnte forhold, og må sees i sammenheng med utviklingen av habilitetskravet i EMK art. 6 nr. 1 om retten til en «fair (...) hearing (...) by an (...) impartial tribunal». Etter rettspraksis er om de særlige forholdene etter en objektiv målestokk gir omverdenen «rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet», jf. f.eks. HR-2016-681-A.

I vår sak er det ingenting som tilsier at dommerfullmektigen rent faktisk er påvirket av irrelevante hensyn, og hun kan ikke anses inhabil etter en subjektiv vurdering. Det må gjøres en objektiv vurdering.

Spørsmålet er om dommerfullmektigens tidligere klassefelleskap med tiltaltes datter etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på hans upartiskhet.

Det skal legges vekt på hva folk flest, eller «den alminnelige observatør», vil tenke om forholdet, jf. Rt 2009-1662.

7/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Ingen av partene har heller innvendinger mot inhabiliteten, jf. § 108 annet punktum, og dette kan ikke tas til inntekt for at det foreligger inhabilitet.

Utgangspunktet er at kjennskap til en part ikke er tilstrekkelig for å bli inhabil, det må foreligge «særegne» omstendigheter. En «særegen» omstendighet kan f.eks. være at dommeren har eller har hatt mye å gjøre med parten, slik at hun har dannet seg et bilde av ham og som kan influere domsbehandlingen.

I vår sak kan Kirkerud i de syv årene hun gikk på barneskolen ha dannet seg et inntrykk av Holm mens hun gikk på skolen.. Det er likevel opplyst at verken da eller siden hadde hatt noe kontakt med Holms datter. Kontakten må dermed ha vært svært begrenset, f.eks. ved klasseavslutninger eller når klassekameraten ble hentet på skolen. Han har da vært én av mange personer. Videre må det være minst 20 år siden hun gikk på skolen. Dette taler med tyngde for at det ikke foreligger «særegen» omstendighet som gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på hans upartiskhet.

Et lignende spørsmål var oppe i HR-2009-1337-A. Fornærmede i en straffesak hadde gått i samme klasse som en lagrettedmedlems forsterdatter. Høyesterett kom etter dissens (3-2) at dette ikke medførte at lagrettedmedlemet var inhabil. Flertallet la vekt på at det var et sporadisk samvær og ikke et nært personlig kjennskap, og at det lå noen år tilbake i tid. Mindretallet var enig i dette, og kom til motsatte konklusjon fordi lagrettedmedlemet kom med utsagn om fornærmedes person (avsnitt 30). Dommen kan med tyngde tas til inntekt for at heller ikke Kirkerud er inhabil.

Det er likevel opplyst at Kirkerud «følte seg noe ubekvem med å ta saken». Spørsmålet er hvilken betydning dette skal ha i vurderingen.

Det må anses å være av relevans at en dommer selv anser det som tvilsomt om hun vil kunne opptre inhabil i en sak. Dommeren er selv best egnet til å vurdere dette, og et slik moment taler klart i retning av at hun ikke vil kunne ta avgjørelsen på et selvstendig grunnlag. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende i seg selv; det må gjøres en objektiv vurdering, der det sentrale er om omverdenen har en rimelig og saklig grunn til å tvile på hennes upartiskhet. Likevel taler hennes egen tvil på at hun er inhabil i saken.

Høyesterett har gjentatte ganger lagt vekt på om det fører til uheldige praktiske problemer dersom en dommer blir inhabil, jf. f.eks. Hr-2004-215-A avsnitt 9. Norge er lite, og det er relativt høy sannsynlighet for at dommer vil kunne kjenne til en av partene i en sak, særlig på mindre steder. Dersom en generell kjennskap til en annen person kan føre til inhabilitet, kan dette føre til mange praktiske problemer. Det taler for at det ikke foreligger «særegne» omstendigheter i denne saken.,

Samlet sett kan kontakten vært så sparsom og forholdet er lenge siden. Kirkeruds egen tvil rundt forholdet kan da ikke få avgjørende betydning. Kirkeruds klassekameratskap til tiltaltes datter etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på hennes upartiskhet. Hun er ikke inhabil.

Konklusjon: dommerfullmektig Kirkerud er ikke inhabil i saken fordi hun gikk i samme klasse som datteren til Holm.

2.3 Kan Holm kreve at en eldre dommer behandler saken?

Spørsmålet er om Holm kan kreve at en eldre dommer behandler saken.

Som nevnt må det etter § 108 må det som nevnt foreligge «særegne» omstendigheter for at en dommer må vike sete. At en part foretrekker en dommer med andre kvaliteter, for eksempel en høyere alder eller mer erfaring, gir ikke i seg selv grunnlag for inhabilitet.

Konklusjon: Holm kan ikke kreve at en eldre dommer behandler saken.

3. Bevisavskjæring

3.1 Innledning

Begge parter fremsetter begjæring til retten om at bevis skal avskjæres. Spørsmålet er om disse begjæringene fører frem.

Det klare utgangspunktet i norsk strafferett er at partene har rett til fri bevisføring. Dette er begrunnet i hensynet til et materielt riktig resultat, ved at saken blir best mulig opplyst. Det kreves derfor hjemmel i lovfestet eller ulovfestet rett for å nekte å føre et bevis.

Om slik hjemmel foreligger, drøftes for de to forklaringene etter tur.

8/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

3.1 Politiforklaringen fra vitnet Kristian Krik

Spørsmålet er om det foreligger et rettslig grunnlag for å nekte opplesning av politiforklaringen til vitnet Kristian Krik.

Hovedregelen i norsk rett er at bevisførselen fra vitner skal foregå umiddelbart for retten, jf. bl.a. straffeprosessloven § 296 første ledd første punktum. Etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d har tiltalte dessuten rett til en "fair (...) hearing", som blant annet innebærer å imøtegå bevisene i saken og anledning til å eksaminere vitnet. Dette er særlig begrunnet i kontradiksjonsprinsippet, ved at kryssseksaminasjon kan avdekke svakhet ved beviset og gjøre saken bedre opplyst.

I utgangspunktet skal dermed retten nekte opplesning av Kriks politiforklaring.

Etter strpl. §§ 296 og 297 kan en politiforklaring fra et vitne likevel leses opp etter nærmere vilkår. I vår sak møter ikke Krik opp i retten, og § 297 kommer til anvendelse, jf. ordlyden «ikke til stede» i første ledd.

Bestemmelsene må tolkes innskrenkende i lys av tiltaltes rett til «fair hearing» etter EMK art 6. Mulighet for opplesning må altså gjennom to nøkkelhull; både strpl. § 297 første ledd og EMK art. 6. De er noe overlappende, men har likevel et noe ulikt fokus. Begge bestemmelsene gjennomgås derfor etter tur.

Strpl. § 297

Strpl. § 297 første ledd tillater opplesning av politiforklaringen til et vitne som ikke er til stede under hovedforhandlingen i to ulike situasjoner; der muntlig avhør ikke er «mulig» eller ville medføre «uforholdsmessig ulempe eller utgift». Vilkårene er alternative, jf. ordet "eller".

Politiet ble sendt på leting etter Krik, men fant han verken på bopel eller hytta. Det sentrale vilkåret er dermed om muntlig avhør ikke er «mulig».

Ordlyden «mulig» tilsier at det ikke finnes noen måte å få vitnet til å møte. Det må sees hen til årsaken til at vitnet ikke møter, og mulighetene retten har til å få vitne til å møte, jf. bl.a. strpl. § 115 om adgangen til å avhente vitnet med makt og § 109a om fjernavhør. Eksempler på «umulig» er der vitnet er død, men ikke nødvendigvis der vitnet er i utlandet eller er syk, jf. likevel vilkåret «uforholdsmessig ulempe eller utgift».

I vår sak er Krik ikke å finne. Det tilsier at det ikke er «mulig» med muntlig avhør i retten. Det er derimot opplyst at politiet "fant han verken på bopel eller hytta." Det kan reises spørsmål om hovedforhandlingen bør utsettes i et forsøk på å lete mer etter ham, f.eks. ved å spørre venner hvor man kan finne ham.

Akkurat denne vurderingen er vanskelig å foreta uten en mer inngående vurdering av politiets muligheter til nærmere undersøker. Det antas dersom at politiet og retten har gjort det de kan for å finne ut hvor vitnet er, og at de ikke finner ham. Muntlig avhør av ham er da ikke "mulig".

Delkonklusjon: muntlig avhør ikke er «mulig», og § 297 hindrer ikke for opplesning av politiforklaringen.

EMK art 6

Spørsmålet er om opplesning av politiforklaringen til Krik er i strid med EMK art. 6. EMK artikkel 6 første ledd gir tiltalte et krav på «fair trial» i tillegg til en spesifikk rett til å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, jf. nr. 3 bokstav d.

I vår sak har ikke Holm fått mulighet til å kryssforhøre vitnet. I utgangspunktet hindrer dermed EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. at politiforklaringen leses opp i retten.

Til tross for den absolutte ordlyden i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d har EMD kommet til at det unntaksvis er anledning til å lese opp politiforklaringer under hovedforhandlingen, ved art. 6 nr. 3 bokstav d må sees i

lys av den overordnede normen til en "fair (...) hearing".

Utgangspunktet etter praksis i EMD den såkalte hovedbevislæren, der en forklaring ikke kan leses opp dersom en domfellelse «bare eller i avgjørende grad» («solely or decisively») vil bygge på forklaringen.

Denne læren er noe moderert gjennom nyere praksis EMD, jf. f.eks. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Opplesningsadgangen beror etter gjeldende rett på en konkret helhetsvurdering, der tre momenter er sentrale; om det er en god grunn for at vitnet ikke var til stedet og om alle rimelige tiltak er iverksatt for å få vitnet til å møte, om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» er basert på politiforklaringen og om det foreligger faktorer som i tilstrekkelig grad oppveier at tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til vitnet, jf. tilsvarende Rt-2013-1412.

9/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

God grunn for å tillate opplesning

Med god grunn forstås at det må være foreligge en grunn for at vitnet ikke var til stedet under rettssaken, og om alle rimelige tiltak er satt i verk for å få vitnet til å møte, jf. Rt-2013-1412 avsnitt 18. Vilåret har likhetstrekk med ordlyden i § 297 om at det ikke er «mulig» eller «uforholdsmessig vanskelig» for vitnet å møte. Retten har etter EMD-praksis en aktivitetsplikt til å undersøke mulighetene til å få vitnet til å møte, sml. § 294 om rettens plikt til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Hvor streng plikten er avhenger av sakens alvor, hvor sentral forklaringen er og om tiltalte tidligere har fått anledning til å krysseksaminere vitnet.

I vår sak er det som nevnt ikke mulig å finne ut hvor Krik var. EMD har åpnet for en adgang til opplesning i saker hvor vitnet ikke lar seg oppspore, og myndighetene ikke kan klandres for mangelfulle undersøkelser for å finne fram til det, jf. f.eks. Gossa mot Polen (sak EMD-1999-47986). Det taler for at det foreligger en god grunn til å tillate opplesning.

Det kan likevel som nevnt reises spørsmål om hovedforhandlingen likevel bør utsettes. EMD har satt opp en relativ streng plikt til aktivitet fra rettens side. Da det gjelder en alvorlig tiltale med strafferamme på 6 år, synes det å gjelde en streng opplysningsplikt, og at politiet bør foreta flere undersøkelser enn å sjekke bolig og hytte. På grunn av de sparsomme opplysningene legges det likevel til grunn at retten og politiet har gjort det som er forsvarlig for å prøve å avdekke hvor Krik er, og dermed har oppfylt sin aktivitetsplikt.

Det foreligger dermed en god grunn til å tillate opplesning, som taler for at opplesning kan skje.

Videre skal det ses hen til om domfellelsen av Holm «bare eller i avgjørende grad» er basert på politiforklaringen fra Krik.

Ordlyden «bare eller i avgjørende grad» («solely or decisively») tilsier at det ikke omfatter ethvert bevis som øker muligheten for domfellelse, jf. tilsvarende i Rt-2013-1412 avsnitt 22. Det kreves at de er så viktige at de er egnet til å avgjøre sakens utfall, jf. Al-Khawaja og Tahery-dommen avsnitt 131. Vurderingen beror på styrken i de øvrige bevis i saken.

I vår sak er vitnet det eneste påtalemyndigheten hadde klart å oppdrive. Videre er fornærmede Peder Ås død, og tiltalte nekter å forklare seg. Disse forholdene taler med tyngde for at domfellelsen av Holm «bare eller i avgjørende grad» er basert på politiforklaringen fra Krik.

Politiet har politiforklaringen til Holm. Forklaringen til tiltalte kan derimot vanskelig tillegges særlig stor vekt i bevisbildet. å avdekke mulige svakheter, særlig da tiltalte nå ønsker å gå bort fra forklaringen.

Videre har realbevis fra selve ulykkesstedet, som kan underbygge tiltalen. Dette er derimot ikke særlig godt egnet til å avdekke om Holm har vært uaktsom, slik § 281 krever.

Etter dette foreligger det svært få øvrige bevis i saken, og domfellelse vil måtte baseres "i avgjørende grad" på vitneforklaringen til Krik. Det taler med tyngde for at vitneforklaringen ikke kan leses opp. Dette er imidlertid som nevnt ikke i seg selv avgjørende.

Til slutt må det ses hen til om det finnes faktorer som i tilstrekkelig grad oppveier at tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til vitnet.

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland har åpnet opp for at en forklaring unntaksvis kan leses opp selv om forklaringen vil utgjøre et avgjørende bevis, så lenge det foreligger «sufficient counterbalancing factors». Det peker særlig på eksistensen av prosessuelle rettsikkerhetsgarantier. Momenter kan være om det finnes videoopptak av forklaringen, om tiltalte har mulighet til å få frem sin side av saken gjennom egne vitner, om andre bevis støtter politiforklaringen, om påliteligheten av vitneprovet blir konkret vurdert i saken og om f.eks. hjelpefakta kan beslyse troverdigheten av vitneforklaringen.

I Rt-2013-1412 avsnitt 24 kom Høyesterett til at slike faktorer ikke forelå i saken, da de øvrige bevisene «ikke i tilstrekkelig grad gir grunnlag for å bedømme påliteligheten og troverdigheten av politiforklaringene».

I vår sak kan forsvaret ikke stille kritiske spørsmål til Krik. Videre er det få andre bevis som kan sette spørsmålstegn ved hva Krik så og hørte. Det kan legges opp til at retten klart settes inn i hvordan vitneforklaringer kan være upålitelige, slik at man på dette grunnlag kan sette spørsmålstegn ved sannhetsgestalten til det Krik så. Dette er likevel ikke like godt egnet som en reell krysseksamnisasjon, og vanskelig "sufficient" i seg selv.

10/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Det må til slutt gjøres en helhetlig vurdering av om Holm har fått en «fair (...) hearing» dersom forklaringen leses opp. Myndighetene har under tvil en god grunn til å lese opp forklaringen. Derimot er det svært få øvrige bevis i saken, og det er heller ikke særlige «sufficient counterbalancing factors». Dette kan tilsi at eventuelle svakheter ved forklaringen ikke blir belyst, og medfører en risiko for at Holm blir dømt på et uriktig grunnlag. Samlet sett må dette være avgjørende. Holm vil etter dette ikke få en «fair (...) hearing» dersom beviset leses opp, jf. EMK art 6.

Konklusjon: Gambos politiforklaring kan ikke leses opp, jf. EMK art 6.

3.2 Politiforklaringen til Holm

3.2.1 Innledning

Spørsmålet er om det foreligger et rettslig grunnlag for å nekte opplesning av politiforklaringen til tiltalte Holm.

I vår sak kan det tenkes to ulike grunnlag for avskjæring. For det første regelen i strpl. § 290 om opplesning av tiltaltes tidligere forklaringer. For det andre at det foreligger prosessuelle feil ved selve avhøret, slik at det må avskjæres etter den ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis, jf. f.eks. Rt-2003-549.

3.2.2 Strpl. § 290

Etter straffeprosessloven § 290 første punktum kan en «politirapport av forklaring som tiltalte tidligere har gitt i saken», leses opp i to ulike situasjoner; (1) når det foreligger «motstrid mellom hans forklaringer», (2) når det gjelder punkter som han «neker å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker», eller (3) såfremt han ikke møter.

Vilkårene sett i sammenheng gir en vid adgang til å lese opp politirapport av forklaring som tiltalte tidligere har gitt i saken. Det er dermed bare når tiltalte møter opp og gir en hel forklaring som er overensstemmende, at opplesning ikke er tillatt, jf. tilsvarende i Rt-1988-314.

Med «gitt i saken» forstås en begrensning mot forklaringer gitt i andre saker. Politiforklaringen avgitt etter ulykken er klart «gitt i saken».

I vår sak er alternativ (2) det aktuelle grunnlaget for opplesning. Det er klart at Holm «neker å uttale seg om» forholdet. Det kan reises spørsmål om ordlyden «punkter» setter en begrensning i å lese opp hele politiforklaringen. Etter gjeldende rett er det derimot ikke forbud mot å lese opp hele politiforklaringen. Vilkåret er oppfylt.

Delkonklusjon: straffeprosessloven § 290 er ikke til hinder for opplesning av politiforklaringen til tiltalte Holm.

3.2.3 Ulovlig ervervede bevis

Spørsmålet er om må avskjæres etter den ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis.

For å avgjøre om et bevis ikke kan føres grunnet slik bevisprovokasjon, må to spørsmål besvares; er beviset/bevisene ervervet på en «ulovlig» eller «utilbørlig» måte, og hvis ja, kan det av den grunn nektes ført?

Ulovlig ervervet

Det første spørsmålet er om beviset er ervervet på en ulovlig måte.

Med «ulovlig» forstås at en rettsregel ble brutt i forbindelse med ervervet.

Beviset er innhentet gjennom avhør av Holm på ulykkesstedet, jf. § 232.

Etter bestemmelsen «skal» tiltalte før det foretas “avhør”, gjøres kjent med “hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.” Bestemmelsen skal sikre verne mot tvungen selvinkriminering, dvs. at mistenkte ikke skal måtte bidra til å opplyse straffesaken mot seg.

Holm må klart anses som “mistenkt”, og bestemmelsen kommer til anvendelse.

Her synes det derimot som at politiet faktisk har gjort Holm kjent med “hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.” Holm avga derimot forklaringen rett etter ulykken, da han var svært oppskaket, og han hadde ikke fått med seg noe av hva politiet hadde sagt.

11/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Spørsmålet er om det at avhøret skjedde rett etter ulykken der Holm var oppskaket, medfører at avhøret er “ulovlig” gjennomført.

Spørsmålet synes ikke regulert av strpl. § 232. Etter strpl. § 232 annet ledd annet punktum kommer § 92 til anvendelse.

§ 92 annet ledd lister opp en del avhørsteknikker som ikke skal brukes; (1) løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang, (2) midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse, samt at (3) avhøringen ikke skal “ta sikte på å trette ut siktede”.

Bestemmelsen regulerer ikke direkte spørsmålet om avhør kan skje rett etter en ulykke. De ulike situasjonene gir derimot uttrykk for et grunnleggende prinsipp om at avhør skal skje humant og ikke utsette mistenkte for utilbørlig påvirkning. Det sentrale må være at han ikke mister sin rett eller evne til fri selvbestemmelse, jf. annet vilkår. Dette har også en side til vernet mot tvungen selvinkriminering, ved at siktede ikke skal lures til å bidra til å opplyse straffesaken mot seg.

Spørsmålet er om avhør rett etter en ulykke er et “middel” som “nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse”.

Formålet bak vernet mot tvungen selvinkriminering til er ikke å advare mot forklaring, men å legge til rette for reell taushet, jf. Rt. 2010 s. 28. Et slikt formål tilsier at politiet må legge til rette for at Holm ikke er svært oppskaket og “i sjokk”.

I HR-2016-379-A hadde politiet lest opp en siktelse mot mistenkt først etter noen timer i avhør. Høyesterett uttalte at det var i strid med påtaleinstruksen § 8-1, og “uheldig”. Feilen kunne derimot ikke få betydning fordi tiltalte “visste hva saken gjaldt og hva han var mistenkt for”. Dommen kan tas til inntekt for at Holm i tilstrekkelig grad var klar over hva saken gjaldt, og at han dermed kunne bli spurt.

Samlet sett fremstår spørsmålet som noe tvilsomt. Siktelsen gjelder overtredelse av strl. § 281 med en strafferamme på 6 år, og dermed en meget alvorlig sak. Det tilsier at det er viktig at han får klar og tydelig informasjon om sine rettigheter. På den annen side skal ikke vernet strekkes for langt; plikten er begrenset til å at selvinkrimineringsvernet er reelt. Det kan ikke være til hinder for avhør rett etter en ulykke, særlig da kanskje hukommelsen er best, og dette bidrar til en best mulig opplysning av saken. Samlet sett har dermed ikke Holm blitt utsatt for utilbørlig press i denne saken, slik at hans vern mot tvungen selvinkriminering er brutt. Beviset er da ikke i strid med noen prosessuelle regler, og ikke “ulovlig” ervervet.

Delkonklusjon: beviset er ikke ervervet på en ulovlig måte.

3.2.3 Subsidiært: avskjæring

Under forutsetning av at beviset er ervervet på en “ulovlig” måte, er spørsmålet om det likevel kan føres.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres. Rettspraksis har imidlertid åpnet for at ulovlig ervervede bevis i visse tilfeller kan avskjæres, jf. for eksempel Rt. 2014 s. 1105. Det kan for det første skje der tillatelse av å føre beviset innebærer en fortsatt krenkelse eller gjentakelse av. Hvis ikke det er tilfelle, blir spørsmålet om beviset likevel må avskjæres etter en helhetlig interesseavveining.

Spørsmålet blir først om føring av beviset representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet.

Med «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» forstås at de hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen, på nytt gjør seg gjeldende når beviset føres i rettssaken.

Årsaken til krenkelsen i vår sak er brudd på vern mot selvinkriminering. Vernet er begrunnet i hensynet til en human straffeprosessordning som skal ta hensyn til mistenktes viljesfrihet og autonomi, jf. f.eks. NOU 2016:24 s. 208. Det vil fort innebære et dilemma for den mistenkte der han må opplyse om saken, der han kan bli straffet uansett hvordan han forholder seg; enten ved å tilstå eller ved å forholde seg taus eller forklare seg falsk. Han skal da slippe å havne i et slikt dilemma.

Vern mot tvungen selvinkriminering har tiltalte også i retten, jf. strpl. § 90. Det å føre beviset mot Holms vilj, vil kunne gjøre at han må bidra til sin egen domfellelse. At avhøret er gjort i strid med en slik grunnleggende rettighet, vil dermed innebære en gjentatt krenkelse.

Etter dette utgjør en bevisføring en fornyet krenkelse av vernet mot selvinkriminering. Høyesterett uttalte som nevnt i Rt-1999-1269 (s. 1272) at beviset i slike situasjoner «normalt» må nektes

12/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

ført. Ordlyden «normalt» indikerer at det kan oppstå unntakssituasjoner der konklusjonen kan bli motsatt. Her gjelder overtredelsen dermed en svært alvorlig og grunnleggende rettighet, og det legges til grunn at det må avgjøres som "normalt".

Subsidiært delkonklusjon: beviset avskjæres.

Subsidiært: helhetsvurdering

Spørsmålet om beviset likevel må avskjæres etter en helhetlig interesseavveining. I den brede interesseavveining må hensynet til sakens opplysning og en effektiv strafferettspleie veies mot hensynet til den tiltaltes rett til rettfærdig rettergang og andre tungtveiende hensyn. Sentrale momenter er karakteren og grovheten av krenkelsen ved ervervet, bevisverdien til beviset, om tiltalt har fått anledning til å utfordre påliteligheten av beviset, jf. Rt-1999-1269. Det skal mye til for å nekte beviset ført etter helhetsvurderingen, jf. hensynet til en effektiv strafferettspleie og behovet for opplysning av saken.

Det første momentet er grovheten av den krenkelse som ble begått, og vil i stor grad avhenge av hvilken interesse beviservervet tar sikte på beskytte. Vår sak gjelder vern mot tvungen selvinkriminering, som er en grunnleggende rettighet

Behovet for prevensjon og å sanksjonere politiets uhjemlede integritetskrenkelser av borgere taler for at beviset ikke kan føres, jf. f.eks. Rt. 2006 s. 582 (Ransaking). Dette må særlig gjelde ved så inngripende tiltak. Det taler for å nekte å utlevere beviset.

Det må ses hen til om den som satt med beviset pliktet å vitne eller utlevere beviset, jf. Rt. 1991 a. 1269. Momentet viser at skillet mellom brudd på materielle og formelle regler kan ha betydning, der det primært er brudd på materielle regler som danner grunnlag for bevisforbud. Vern mot selvinkriminering er en materiell regel, som tilsier at beviset ikke skal føres.

Det må sees hen til sakens alvor. Tiltalen gjelder uaktsomt bildrap, som blir generelt blir ansett som en alvorlig forbrytelse som krever en effektiv straffepleie. Saken art taler for fremleggelse.

Det tas hensyn til bevisverdien av det aktuelle beviset, jf. HR-2017-1894-U avsnitt 18. I vår sak gjelder det Holms egne frie forklaring og avtale om innførsel, og bevisverdien synes dermed å være pålitelig. Dessuten er samtalen rett etter ulykken. Hensynet til sakens opplysning taler for å føre beviset.

Det må til slutt gjøres en samlet interesseavveining, der utgangspunktet er at beviset kan føres. På den ene side har politiet et stort behov for en effektiv straffeforfølgning av drap, og bevisets bidrag til opplysning av saken taler med tyngde for å føre det. På den annen side er det gått en brudd med en grunnleggende rettighet.. Samlet sett må vernet mot tvungen selvinkriminering være reelt, og hensynet til sakens opplysning må vike. Etter dette kan bevisene ikke føres.

Hovedkonklusjon: bevisene kan ikke føres for Holm.

3.3. Subsidiært: Føre politimannen

Under forutsetning av at politiforklaringen ikke kan leses opp, er spørsmålet om aktor kan føre politimannen som hadde tatt forklaringen.

Spørsmålet er om aktor kan komme rundt forbudet mot opplesning av politiforklaringen ved å føre politimannen som foretok avhøret som vitne.

Spørsmålet er ikke regulert i straffeprosessloven § 297. Det følger derimot av rettspraksis at dersom politiforklaringen ikke kan leses opp, er det heller ikke adgang til indirekte å få frem innholdet av politiforklaringen gjennom avhør av polititjenestemannen som har tatt avhøret, jf Rt-1991-1096, Rt-1992- 143 og Rt 1995 s 1491.

Konklusjon: aktor kan ikke føre politimannen som hadde tatt forklaringen

4. Medvirkning til overtredelse av strl. § 231

4.1 Prosessuelt

Tiltalen mot Holm ble utvidet til å gjelde medvirkning til overtredelse av straffeloven § 231.

Forsvaret tar ikke opp spørsmålet om påtalemyndigheten hadde adgang til å utvide tiltalen til å gjelde dette spørsmålet. Det kan likevel først spørres om det forelå adgang til en slik utvidelse.

Påtalemyndigheten har en generell adgang til å utvide tiltalen før hovedforhandlingen, jf. strpl. § 253. Under hovedforhandlingen er derimot adgangen mer begrenset, jf. § 254 annet og tredje ledd.

13/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

I vår sak er det ikke opplyst når påtalemyndigheten utvider tiltalen. Det skjer derimot etter spørsmål om bevisavskjæring av vitner, og det legges til grunn at utvidelsen skjer under hovedforhandlingen. § 254 annet og tredje ledd regulerer dermed spørsmålet.

§ 254 annet ledd gjelder utvidelse til «andre straffbare forhold», mens tredje ledd gjelder «andre endringer». Med «andre endringer» forstås endringer som gjelder «samme straffbare forhold». I vår sak er medvirkning til overtredelse av strl. § 231 klart et « annet straffbart forhold » enn overtredelse av strl. § 280. Adgang til å utvide tiltalen følger da av tredje ledd.

Etter tredje ledd kan «påtalemyndigheten» utvide tiltalen «med samtykke av retten» såfremt tiltalte «samtykker i det» eller gir en «uforbeholden tilståelse som styrkes ved de øvrige opplysninger».

Med «påtalemyndigheten» forstås at det må være en som har kompetanse til å påtale forholdet som utvider tiltalen, jf. strpl. §§ 65 til 67. I tillegg oppstilles flere tilleggsvilkår: samtykke fra retten må foreligge, og dessuten må tiltalte enten samtykket eller ha gitt en «uforbeholden tilståelse» som styrkes ved de øvrige opplysninger.

Holm erkjente ikke straffeskyld. Han har dermed ikke gitt en «uforbeholden tilståelse» av forholdet. Det er derimot uklart om han har samtykket til utvidelsen, og om eventuelt retten har samtykket.

Basert på de opplysningene som foreligger, konkluderes det ikke.

Spørsmålet om straffeskyld gjøres under forutsetning av at påtalemyndigheten hadde adgang til å utvide tiltalen etter § 254 tredje ledd.

4.2 Skyldspørsmålet

Spørsmålet er om Holm kan straffes for medvirkning til overtredelse av straffeloven § 231 ved at Holms samboer hadde anlagt en hasjplantasje i kjelleren.

For å kunne straffes etter bestemmelsen må fire straffbarhetsvilkårene i ansvarslæren være oppfylt; et straffebud må være overtrådt, det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunner (objektive vilkår), gjerningspersonen må ha skyldevne og ha utvist tilstrekkelig skyld (subjektive vilkår).

Overtrådt straffebud

Hovedregelen er som nevnt at man må ha overtrådt et straffebud for å pådra seg straffeansvar, jf. grl. § 96 første ledd og strl. § 14. Etter § 15 straffes derimot også «medvirkning til overtredelsen», hvis ikke annet er bestemt. Straffeansvaret utvides med andre ord i bredden til å omfatte handlinger som ikke dekkes av et straffebud.

§ 231 unntar ikke for medvirkning, og medvirkning til narkotikaovertrudelse er dermed straffbart.

Medvirkningsansvaret i norsk rett selvstendig og ikke aksessorisk knyttet til hovedmannens overtredelse, jf. f.eks. Rt-2013-789 avsnitt 55. Dette innebærer at det må gjøres en individuell vurdering av om Holm kan straffes, uavhengig av samboerens straffansvar.

Det må for det første foreligge en "overtredelse". Samboer har anlagt en hasjplante. Dette er klart å "ulovlig tilvirker (...) stoff som etter regler med hjemmel i legemiddeloven § 22 er å anse som narkotika", jf. § 231.

Spørsmålet er om Holm har "medvirket" til overtredelsen av § 231.

Ordlyden «medvirker» til overtredelsen gir liten pekepinn på hvilke kvalitative krav som stilles til handlingen. Det følger av forarbeider og rettspraksis at medvirkning kan være fysisk, psykisk og unntaksvis passiv.

Fysisk medvirkning innebærer at medvirkeren letter den faktiske gjennomføringen, f.eks. ved verktøy eller adgang til åstedet. Psykisk innebærer at medvirkeren enten i ord eller handling har styrket hovedpersonens ønske om å gjennomføre handlingen, f.eks. gjennom ordre, oppmuntring, støtte, råd, informasjon eller en avtale.

Holm har verken deltatt eller oppfordret til anleggelsen av plantene. Han har dermed i utgangspunktet ikke gjort verken noe fysisk eller psykisk for å bidra til overtredelsen. Det tenkes to grunnlag for straffbar medvirkning; at Holm er eier av boligen der plantene ble anlagt, og at han "elsket" hasjvaflene som samboeren hadde laget av plantene.

14/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Eier av bolig

I utgangspunktet straffes ikke passivitet. Det er ikke nok at han verken i ord eller handling ga uttrykk for ikke å ha noe imot at en handling blir foretatt, jf. f.eks. Rt-1998-459.

Unntaksvis kan likevel slik passivitet straffes, jf. for eksempel Rt-1995-1228 og Rt-2002-1717. Dette kan begrunnes i at passiviteten kan forstås som en type psykisk medvirkning, ved at medvirkeren passivt anerkjenner den straffbare handlingen og dermed oppmuntrer til overtredelsen.

Grunnvilkåret for å straffe passivitet er at det foreligger en særlig omstendighet som knytter den mulige medvirkeren til det straffbare forholdet, som dermed forpliktet han til å gjøre noe aktivt for å hindre handlingen eller ta sterk avstand fra det, jf. bl.a. Rt-2015-1281. Dette gjelder med én reservasjon: så lenge det er tid og anledning til å handle, jf. Rt-2010-1630.

I vår sak hadde Holm klart både tid og anledning til å handle, f.eks. ved å kreve at narkotikaen ble fjernet, ved å tilkalle politiet eller ved å flytte ut. Vilket er oppfylt.

Spørsmålet er om det foreligger en særlig grunnlag for handleplikt.

Et slikt grunnlag har i rettspraksis vært at man disponerer over leiligheten der den straffbare handlingen blir begått.

I f.eks. Rt-2005-1319 ble tiltalte dømt for medvirkning til oppbevaring ved å la kameraten legge igjen hasj på stuebord mens de var en pub. I Rt-1980-305 var det derimot ikke tilstrekkelig for medvirkning til oppbevaring at tiltalte hadde latt en gjest oppholde seg i leilighetens hans i noen tid uten å be ham om å gå. Skillet mellom de to dommene synes å gå på hvor selvstendig oppbevaringen i leiligheten er, dvs. at hovedmannen ikke selv er i leiligheten.

For ektefeller blir derimot spørsmålet behandlet noe annerledes. Rt-2005-934 kom Høyesterett til at en kvinne ikke hadde medvirket til oppbevaring av narkotika ved at å la ektefellen oppbevare narkotika i huset. Det var ikke tilstrekkelig at hun eide huset, ettersom ektefellen også bodde der; ektefellen hadde rettslig adgang til huset og trengte dermed ikke hennes tillatelse for å oppbevare narkotika i egen bolig.

I vår sak er Holm eier av huset, men samboeren bor der også. Hun har dermed rettslig adgang til huset, og Holm kan da ikke straffes for medvirkning.

Delkonklusjon: å være eier av huset er ikke tilstrekkelig for medvirkning.

Smake på hasjplantene

Spørsmålet er om det å smake på hasjplantene kan anses som tilstrekkelig medvirkning til tilvirking.

Dette kan sies å være en handling som potensielt har styrket samboerens ønske om å gjennomføre tilvirkningen. Dette dreier seg dermed om psykisk medvirkning til overtredelsen.

For å straffes for slik psykisk medvirkning kreves det at handlingen er utført forut for eller under utførelsen av hovedhandlingen, og etterfølgende medvirkning straffes ikke (tidsvilkår). Videre stilles det krav til medvirkende årsakssammenheng, der gjerningsmannen må ha «positivt tilskyndet til handlingen eller styrket gjerningspersonens forsett», jf. Rt-2014-930 og Rt-2014-1134. Handlingen må også være rettsstridig, jf. HR-2019-1743-A avsnitt 55.

Å smake på hasjplanene skjedde i etterkant av første tilvirkning. Dette er da ikke tilstrekkelig for medvirkning, jf. tidsvilkåret. Derimot synes det som at tilvirkning skjedde over tid, og at Holm smakte på dem flere ganger. Tidsvilkåret er dermed oppfylt for de senere tilvirkningene.

Videre, dersom de øvrige vilkårene er oppfylt, finnes det ingen formålstjenlig grunn bak å smake på hasjplanene. Handlingen er dermed også rettsstridig.

Spørsmålet er om Holm har «positivt tilskyndet til handlingen eller styrket gjerningspersonens forsett»

Med «tilskyndelse» forstås å anspore eller å få noen til å gjøre noe, mens «styrke (...) forsettet» tolkes som at medvirkeren har påvirket han ytterligere i retning av å begå lovbruddet. Det er sikker rett at den medvirkende handling ikke må være en «nødvendig betingelse» for lovovertrædelsen, jf. Rt-1989-1004. Styrking av forsettet kan skje gjennom ord eller handling, men ren passivitet eller «blot og bar billigelse» er ikke tilstrekkelig, jf. ordet «positivt» og f.eks. Rt-1907-333. Medvirkeren må ha skapt eller styrket motivasjonsgrunnlaget.

15/17

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

Det er ingenting som tilsier at Holm har fått samboeren til å begynne med tilvirkningen, og han har ikke «positivt tilskyndet» den. Han har derimot smakt på hasjen. Spørsmålet er om han slik har «styrket» samboerens forsett om å fortsette tilvirkningen.

Dette reiser spørsmål om grensen til ren passiv medvirkning, som som nevnt i utgangspunktet ikke straffes dersom det ikke finnes et særskilt grunnlag for å handle, jf. f.eks. Rt-2009-1498 avsnitt 13. I vår sak foreligger ingen slik særskilt grunnlag.

Spørsmålet blir da om Holm har utvist tilstrekkelig aktivitet til at han kan dømmes for psykisk medvirkning.

Grensen for tilstrekkelig aktivitet til medvirkning er utpenslet i rettspraksis.

I Rt-1992-417 var det ikke tilstrekkelig at tiltalte «overlot bilen til kameraten og selv var med i bilen kan» for å straffe for medvirkning til skadeverk da kameraten krasjet bilen. I lignende retning går Rt-2001-1671, der førstvoterende uttalte at det å la en venn og narkotikaen bli med i bilen ha kjørte «tvilsomt (...) alene ville være tilstrekkelig til straffansvar for medvirkning». Derimot ble tiltalte likevel dømt for medvirkning, da han hadde gjennomgått narkotikapartiet sammen med hovedmannen og også smakt på kokainen. Han hadde dermed «solidarisert seg» med det straffbare forholdet.

I vår sak har Holm bodd i samme hus. Å bo i samme hus kan ikke i seg selv være tilstrekkelig aktivitet for å ha medvirket. Derimot har han smakt på narkotikaen. En slik bifallelse gjennom spising kan tilsi at han har styrket samboerens ønske om å gjennomføre tilvirkningen. Det har til en viss grad gjort det mer «greit» å gjennomføre handlingen. I tråd med Rt-2001-1671 synes det da at Holm har «solidarisert seg» med det straffbare forhold. Dette må da under tvil være tilstrekkelig for medvirkning.

Etter dette har Holm «medvirket til overtredelsen» av innførselen, og han har overtrådt et

straffebud. Delkonklusjon: Holm har «medvirket» til overtredelse av strl. § 231.

Skyld og skyldevne

Holm har klart skyldevne, jf. § 20.

Spørsmålet er om han har utvist tilstrekkelig skyld.

Medvirkning har samme skyldkrav som hovedovertrædelsen, jf. ordlyden i § 15 om at straffebudet «rammer også» den som medvirker til overtredelsen. Skyldkravet ved § 231 første ledd er forsett, jf. § 21.

Dekningsprinsippet krever at skylden omfatte alle de objektive gjerningskriterier i straffebudet. Ved medvirkning innebærer dette at medvirkeren må ha et dobbelt forsett. Medvirkeren må ha forsett om at en annen vil komme til å fullføre straffebudet, og at egen handlemåte innebærer «medvirkning». Det avgjørende hvordan Holm oppfattet situasjonen på handlingstidspunktet, jf. § 25 første ledd. Handlingstidspunktet i dette tilfelle er når Holm utfører medvirkningshandlingen, jf. § 15.

Det første spørsmålet er om Holm har forsett om at en annen vil komme til å fullføre straffebudet.

Forsett kan foreligge ved tre ulike alternativer etter § 22 bokstav a til c. Her er visshetsforsett etter bokstav b aktuelt.

Det kreves at Holm har «bevissthet» om at hovedmannens handling «sikkert eller mest sannsynlig» dekker gjerningsbeskrivelsen. Med «sikkert» forstås opp mot 100 %, og med «mest sannsynlig» forstås at gjerningspersonen må anta at det er mer sannsynlig, dvs. 50,1 %, at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen enn at den ikke gjør det.

I vår sak har Peder spist hasjplantene, og han har klart “bevissthet” om at samboeren “sikkert” har “ulovlig tilvirker (...) stoff som etter regler med hjemmel i legemiddeloven § 22 er å anse som narkotika”.

Det andre spørsmålet er om Holm har forsett om at egen handlemåte innebærer «medvirkning». Det kreves med andre ord at medvirkeren har forsett til at hans handlemåte står i et medvirkende årsaksforhold til hovedgjerningen.

Spørsmålet er om Holm hadde “bevissthet” om at han “sikkert eller mest sannsynlig” styrket motivasjonsgrunnlaget til samboeren ved å spise vafler laget av hasjplantene.

Å spise hasjen og si at man elsker vaflene viser en bifallelse av tilvirkningen. Dette ligger klart i dagen.

JUS4211 1 Prosess og strafferett Candidate xxxxxx

16/17

Holm må her sies å ha “bevissthet” om at hans egen spising vil oppmuntre samboeren til å forsette, og gjøre det psykisk mer letvint å gjennomføre den kriminelle handlingen. Etter dette har han “bevissthet” om at han “sikkert eller mest sannsynlig” styrket motivasjonsgrunnlaget til samboeren ved å spise vafler laget av hasjplantene.

Skyldkravet er oppfylt.

Det synes ikke å foreligge noen straffrihetsgrunner, jf. bl.a. strl. §§ 17 til 19.. Samtlige straffbarhetsvilkår er dermed oppfylt, og Holm kan straffes for medvirkning til tilvirkning av narkotika etter § 231 første ledd.

Konklusjon: Holm kan straffes for medvirkning til overtredelse av straffeloven § 231 ved at Holms samboer hadde anlagt en hasjplantasje i kjelleren.

