



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Domstolens plikt til å sørge for opplysningen av straffesaker

En analyse og rettspolitisk vurdering av straffeprosessloven § 294

Amanda Gamst

Liten masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, desember 2020

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Forholdet mellom straffeprosessloven § 294 og andre rettsregler.....	3
1.3	Bakgrunn og aktualitet	4
1.4	Rettskilder og metodiske sætrekk.....	5
1.5	Den videre fremstilling	7
2	KRYSSENDE GRUNNPRINSIPPER OG HENSYN AV BETYDNING FOR DOMSTOLENS ANSVAR FOR SAKENS OPPLYSNING	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Den materielle sannhets prinsipp - «en bærebjelke i straffeprosessen».....	8
2.3	Anklageprinsippet.....	9
2.4	Konsentrasjonsprinsippet	11
2.5	Uskyldspresumsjonen, det strafferettslige beviskravet og påtalemyndighetens bevisbyrde.....	12
2.6	Domstolens objektivitet og nøytralitet.....	14
3	ANSVARET FOR SAKENS OPPLYSNING	15
3.1	Påtalemyndigheten og forsvarers ansvar.....	15
3.2	Rettsens ansvar før hovedforhandlingen	16
4	DET OVERORDNEDE VURDERINGSTEMAET: KRAVET OM ET FORSVARLIG FAKTISK AVGJØRELSESGRUNNLAG	18
4.1	Innledning.....	18
4.2	Straffesaken skal være «fullstendig opplyst».....	19
4.3	Beviskravet for forsvarlighetskravet.....	22
4.4	Oppsummering av det overordnede vurderingstemaet	25
5	MOMENTER I FORSVARLIGHETSVURDERINGEN	26
5.1	En konkret og sammensatt helhetsvurdering.....	26
5.2	Arten og graden av løse tråder.....	28
5.3	Sakens omstendigheter med det generelle bevisbildet som utgangspunkt.....	30
5.4	Om opplysningen antas å være til tiltaltes gunst	31
5.5	Om opplysningene gjelder et viktig punkt i saken	36
5.6	Sakens art og alvorlighet.....	37
5.7	Betydningen av aktors opptreden	39

5.8	Forholdsmessig bruk av tid, penger og andre ressurser	41
5.9	Hensynet til fornærmede og etterlatte.....	43
5.10	Oppsummering	44
6	VIRKNINGEN AV SAKSBEHANDLINGSFEIL.....	45
7	BEMERKNINGER <i>DE LEGE FERENDA</i>.....	47
7.1	Innledning.....	47
7.2	Dansk og svensk rett	47
7.3	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.....	50
7.3.1	Kort om lovforslaget	50
7.3.2	Utkastets § 7-1 første ledd	50
7.3.3	Utkastets § 7-4	51
7.4	Hvordan bør reglene om rettens ansvar for saksopplysningen utformes?	53
	Referanseliste.....	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er domstolens plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag i straffesaker. Det overordnede formålet i norsk straffeprosess er å realisere straffansvaret.¹ I forlengelsen av dette følger idealet om en best mulig saksopplysning for å sikre at de avgjørelser domstolen treffer, skal være materielt riktige.² I Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38 uttaler Høyesterett at den materielle sannhets prinsipp utgjør «en bærebjelke i straffeprosessen». Forutsetningen for et riktig resultat er at sakens faktum er godt opplyst.

Straffeprosessloven § 294 gir uttrykk for det overordnede prinsippet om den materielle sannhet.³ Av bestemmelsen følger det at «[r]etten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen». Et materielt riktig resultat bidrar til å ivareta det overordnede mål i strafferetten om at ingen uskyldige skal dømmes.⁴ Ifølge Grl. § 96 annet ledd og EMK art. 6 nr. 2, jf. nr. 1 har «enhver rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven» (uskyldspresumsjonen).⁵ Jo bedre sakens faktum er opplyst, desto større er sjansen for å oppdage bevis som taler for frifinnelse. Samtidig er en god opplysning nødvendig for å dømme skyldige. Rettens ansvar for sakens opplysning gjelder uavhengig av om beviset er til gunst eller skade for tiltalte, se bl.a. Rt. 1985 s. 9 og Rt. 2013 s. 905. Sørger ikke retten for at saken blir fullstendig opplyst, er dette en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av dommen, jf. strpl. § 343 første ledd.

Straff er det mest inngripende tiltak staten kan foreta seg overfor borgerne, og må brukes med forsiktighet.⁶ For å hindre at personer straffedømmes uten at det foreligger sikre bevis for at vedkommende er skyldig, opereres det med en bevisbyrde og et strengt beviskrav i straffesaker. Det er påtalemyndigheten som har *bevisbyrden* for tiltaltes straffeskyld, og som må kunne godtgjøre sin påstand ved bevisførsel.⁷ Det er ikke opp til tiltalte å bevise sin uskyld.

¹ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019 s. 26.

² Johs, Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget 2009, s. 7.

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker. Se Rt. 2013 s. 905 avsnitt 29.

⁴ Jo Hov, *Rettergang II*, Papinian, Oslo 2010, s. 1150.

⁵ Lov 17. mai 1814 nr. 17 Kongeriket Norges Grunnlov og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK).

⁶ Se Rt. 1977 s. 1207 s. 1210 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 62.

⁷ Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.) mfl., *Bevis i straffesaker – utvalgte emner*, Gyldendal 2015, s. 107.

Med *beviskravet* siktes det til de betingelser som må foreligge for at et faktum skal legges til grunn for en domsavgjørelse.⁸ I straffesaker må det faktiske forhold være «bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil».⁹

I forlengelsen av bevisbyrderegelen og det strenge beviskravet, er det påtalemyndigheten (og ikke domstolen), som har hovedansvaret for bevisføringen under hovedforhandlingen. Oppstår det tvil om hvilket faktum som skal legges til grunn, er det påtalemyndigheten som må bære risikoen for at det ikke er ført tilstrekkelig med bevis for domfellelse.¹⁰ En naturlig følge og konsekvens av dette er at tiltalte må frifinnes. Regelen modifiseres av strpl. § 294. Før retten frifinner tiltalte, har den et selvstendig ansvar for å bringe klarhet i faktum dersom det trengs for å sikre et materielt riktig resultat. Rettens ansvar er også kjent som *utredningskravet* eller *undersøkelsesplikten*. Regelen om at hovedansvaret for saksopplysningen er tillagt påtalemyndigheten gjelder dermed ikke fullt ut. Det strenge beviskravet og bevisbyrderegelen, samt rettens ansvar for sakens opplysning, kan begrunnes i at det ansees klart verre at uskyldige dømmes enn at skyldige går fri.¹¹

Den første underproblemstillingen som skal drøftes er rekkevidden av domstolens plikt til å sørge for opplysningen av straffesaker etter gjeldende rett, jf. strpl. § 294. Retten vil ikke sjelden stå i en situasjon hvor bevis mangler eller er uklare. Kan retten da frifinne tiltalte fordi påtalemyndigheten ikke har oppfylt beviskravet, eller medfører hensynet til et materielt riktig resultat en ubetinget plikt for retten til å undersøke saken nærmere? Det finnes sider ved gjeldende rett som kan være problematiske, og som bør undersøkes nærmere. Rettskildebildet gir inntrykk av at det ved fastleggingen av rettens plikt til å opplyse saken fokuseres mye på skillet mellom nye bevis til *gunst* eller *skade* for tiltalte. For retten er det ikke alltid mulig å forutse i hvilken retning nye bevis vil gi utslag, og i verste fall kan slike «forutinntatte» meninger være i strid med uskyldspresumsjonen.

Den andre underproblemstillingen er derfor om det rettspolitisk finnes andre mer hensiktsmessige måter å foreta vurderingen av innhenting av nye bevis på, for å unngå en eventuell fortsatt problematisk rettstilstand. Det kan herunder spørres om vurderingstemaet

⁸ Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 104.

⁹ Se Rt. 2008 s. 1659 avsnitt 17.

¹⁰ Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 107.

¹¹ Hov II (2010) s. 1150.

etter strpl. § 294 burde være om det er uklarerheter hva gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, og ikke en fremtidsrettet vurdering av hvordan bevisene vil falle ut.

1.2 Forholdet mellom straffeprosessloven § 294 og andre rettsregler

For å forstå regelens funksjon og innhold, samt ved tolkningen av den, er man avhengig av å se bestemmelsen i en større kontekst. Innledningsvis skal det gis en kort fremstilling av forholdet mellom strpl. § 294 og noen andre rettsregler.

I sivile saker er det partene som har hovedansvaret for bevisføringen (forhandlingsprinsippet), jf. tvisteloven §§ 11-2 (2) og 21-3 (2) sammenholdt med § 21-4.¹² I sivile saker med fri rådighet (dispositive saker) er hovedregelen at retten «kan» sørge for bevisføring med mindre partene motsetter seg dette, jf. § 21-3 (2) 2. pkt. Bestemmelsen gir klart uttrykk for at dette ikke medfører noen plikt.¹³ I sivile saker *uten* fri rådighet (indispositive saker) har imidlertid retten «plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag», jf. tvl. § 21-3 (2) 1. pkt. Regelen er først og fremst begrunnet i at retten skal sørge for at offentlige hensyn ikke settes til side fordi saken er for dårlig opplyst.¹⁴ Straffesaker er indispositive, og det samme prinsippet bør derfor gjelde i straffeprosessen.¹⁵ Som jeg kommer tilbake til, har retten ifølge strpl. § 294 ikke bare en rett, men også en plikt, til å sørge for sakens opplysning. Reglene om rettens ansvar for å bringe klarhet i faktum er vesensforskjellig i straffesaker og sivile saker.

Plikten til undersøkelse etter strpl. § 294 begrenses av strpl. § 38. Bestemmelsen regulerer forholdet mellom tiltalebeslutning og dom. Samtidig setter den skranker for rettens saksopplysningsansvar, ved at det ikke er adgang til å undersøke nye bevis utenfor det «forhold» tiltalen gjelder, jf. § 38 (1) 1. pkt. Er det tatt ut tiltale for kroppskrenkelse kan ikke retten undersøke nærmere i faktum om det er begått voldtekt. Dette er en helt annen karakteristikk enn tiltalen gjelder.¹⁶ Innenfor samme forhold har retten derimot både en rett og en plikt til å sørge for sakens opplysning.

Rettens ansvar for saksopplysningen har også en side til reglene om *bevisavskjæring*. Det er en viss sammenheng mellom strpl. § 294 og reglene i §§ 292 og 293. Bestemmelsene gjelder

¹² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹³ Se også Hov II (2010) s. 1091.

¹⁴ Hov II (2010) s. 1902.

¹⁵ Rt. 2013 s. 905 avsnitt 29 og Hov II (2010) s. 1902.

¹⁶ Se blant annet Rt. 2011 s. 172 avsnitt 19.

avskjæring på grunnlag av bevisets relevans og forholdsmessighet. Nekter domstolen å føre slike bevis kan det gå på bekostning av sakens opplysning, og hindre en materielt riktig avgjørelse. Dette gjelder ikke nødvendigvis alltid. Bevisavskjæring kan i noen tilfeller legge til rette for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Gis partene fri adgang til å føre absolutt alle mulige bevis uavhengig av bevisets relevans, blir det vanskelig for retten å lete seg frem til hva som utgjør den sentrale informasjonen i overfloden av opplysninger. Det finnes en rekke eksempler på at saken har blitt ansett for å ha et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, til tross for at bevis har vært avskåret.¹⁷ Dreier det seg derimot om ulovlig ervervede bevis, kan naturligvis ikke disse føres selv om det skulle forårsake at faktum er for dårlig opplyst.

1.3 Bakgrunn og aktualitet

Straffeprosessloven trådte i kraft i 1986 og har siden den gang vært endret 183 ganger. De omfattende lovendringene har ført til en noe fragmentarisk lovgivning uten et samlet oversyn.¹⁸ På denne bakgrunn ble Straffeprosessutvalget ved kgl. res. av 20. juni 2014 oppnevnt av Justis- og beredskapsdepartementet med et omfattende mandat om å utarbeide forslag til ny straffeprosesslov.¹⁹ Den betydelige endringen i kriminalitetsbildet med økt profesjonalisering, organisering og internasjonalisering, og den teknologiske utviklingen samt rettssystemets begrensede kapasitet, tilsa en revisjon av straffeprosessloven.²⁰ Utvalget avga 3. november 2016 sin utredning NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. Utvalget foreslår i lovutkastets § 7-4 begrensninger i domstolens adgang til å innhente supplerende bevis til skade for mistenkte, hvilket viser temaets aktualitet.²¹

Både NOU 2016: 24 og de etterfølgende høringsuttalelser fra ulike høringsinstanser viser at det er uenighet om hvordan reglene om rettens kontroll med bevisførselen bør utformes. Flere av høringsinstansene har uttrykt bekymring for utvalgets ønske om å styrke anklageprinsippets gjennomføring, da dette vil kunne rukke ved flere grunnprinsipper i norsk straffeprosess.²² Av særlig betydning er den materielle sannhets prinsipp og hensynet til en objektiv og nøytral

¹⁷ Se for eksempel Rt. 1998 s. 1176 og Rt. 2003 s. 1151 (kjm.utv.).

¹⁸ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 95-96, se mandatets punkt 2.

¹⁹ NOU 2016: 24 s. 93-95, mandatets punkt 3.

²⁰ NOU 2016: 24 s. 119-131.

²¹ NOU 2016: 24 s. 38-39 og s. 161-162.

²² Høringssvar NOU 2016: 24: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?expand=horings svar>

domstol. I teorien er det stilt spørsmål ved om lovforslaget innebærer en problematisk maktforskyvning fra domstolene til påtalemyndigheten.²³

Høyesterett har i straffesaken HR-2019-1967-A behandlet spørsmålet om domstolens plikt til å sørge for sakens opplysning etter strpl. § 294. Høyesterett opphevet lagmannsrettens frifinnelse av tiltalte fordi retten ikke hadde ført sakkyndig vitne som kunne forklart seg nærmere om smitte av biologisk materiale i en sak om sovevoldtekt. Anklageprinsippet så vel som hensynet til en uavhengig og objektiv domstol, tilsier at det bør være påtalemyndighetens risiko hvis bevisførselen viser seg å være utilstrekkelig for domfellelse. Høyesteretts premisser reiser derfor flere interessante spørsmål når det gjelder domstolens plikt til innhenting av nye bevis til skade for tiltalte i straffesaker.

Problemstillingen om hvorvidt skillet mellom innhenting av nye bevis til gunst eller skade for tiltalte er treffende, er viet liten plass i straffeprosessuell litteratur. De konsekvenser NOU 2016: 24 har for rettens undersøkelsesplikt er belyst av Jorun Rui i «*Anklageprinsippets stilling i norsk straffeprosess*», *Tidsskrift for strafferett*, fra 2017. Artikkelen er imidlertid skrevet forut for avgjørelsen i HR-2019-1967-A, hvor Høyesterett synes å ta en annen retning enn NOU 2016: 24. Uttalelser i nyere rettspraksis er dermed ikke tatt i betraktning. Avgjørelsen er kommentert i en artikkel av Hans-Petter Jahre fra 2019, men det er ikke foretatt noen dybdeanalyse av tematikken.²⁴ Antydningene i rettspraksis oppfordrer dermed til en nærmere analyse av bakgrunnen for denne retningen, hvorvidt denne utviklingen er hensiktsmessig, og hva som eventuelt kan utgjøre en rettspolitisk løsning for å unngå en fortsatt problematisk rettstilstand.

1.4 Rettskilder og metodiske særtrekk

Avhandlingen vil ta sikte på en rettsdogmatisk analyse med utgangspunkt i den alminnelige rettskildelære slik den er fremstilt av Eckhoff, Skoghøy, Nygaard, Boe og Monsen.²⁵ Fremstillingene er ikke helt like, men det er ikke uenighet om hovedtrekkene for hvordan en går frem for å ta stilling til rettsspørsmål de lege lata. Det er ikke her plass til å drøfte i dybden de ulike nyanser og oppfatninger om hva som er korrekt rettsdogmatisk metode. Mitt syn på

²³ Jorun Rui, «*Anklageprinsippets stilling i norsk straffeprosess*», *Tidsskrift for strafferett*, 2017 s. 342.

²⁴ Hans-Petter Jahre, «*Kommentar til Høyesteretts dom om rettens plikt til å sørge for opplysning av straffesak*» på juridika.no 20. november 2019.

²⁵ Eckhoff/Helgesen (2007); Nygaard (2004); Skoghøy (2018); Boe (2020); Monsen (2012).

hva som er fornuftig rettsdogmatisk metode vil vises gjennom analysene av de juridiske problemstillinger avhandlingen reiser.

Den sentrale rettskilden er straffeprosessloven av 1981, særlig lovens § 294. Ordlyden og lovforarbeidene gir i liten grad svar på avhandlingens problemstillinger, og rettspraksis vil dermed utgjøre en av de viktigste rettskildefaktorene. Det nærmere innholdet og rammene for utredningskravet er utviklet gjennom og behandlet av Høyesterett i flere avgjørelser. Avhandlingen vil derfor ikke ta i betraktning underrettspraksis som behandler spørsmålet.

Rettskildebildet er preget av at temaet er lite behandlet i juridisk teori. Den eksisterende litteratur blir imidlertid brukt på områder hvor det er begrenset med andre rettskilder. Uttalelser fra lovforslaget i NOU 2016: 24 vil også benyttes ved en del drøftelser med lik rettskildemessig verdi som juridisk teori. Reelle hensyn og grunnprinsipper vil ha en stor rolle ved vurderingen og avveiningen av de øvrige rettskildefaktorene, særlig ved drøftelsene av bakgrunnen for utviklingen i rettspraksis, og av om dette er en hensiktsmessig utvikling. Der hvor ulike rettskildefaktorer trekker i hver sin retning, vil hensyn og prinsipper ofte være den utslagsgivende rettskilden.

I kapittel 7 om hensiktsmessigheten av gjeldende rett vil bemerkningene basere seg på vurderinger *de lege ferenda*. Det inntas her et lovgiverperspektiv om hvordan reglene burde utformes, begrunnet i de kryssende hensyn og prinsipper i straffeprosessen.

Reglene om domstolens ansvar for sakens opplysning må tolkes i lys av våre konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser, jf. strpl. § 4 første ledd, særlig Grl. § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1 om en rettfærdig rettergang.²⁶ Idet norsk rett synes å samsvare med kravet til en «fair trial», vil ikke forholdet til folkeretten behandles inngående. Utenlandsk rett vil benyttes for å identifisere forskjeller og likheter mellom de ulike lands rett, for å vurdere gjeldende rett ut fra et kritisk ståsted, og som hjelpemiddel for å finne en rettspolitisk god regel (et komparativt perspektiv).²⁷

²⁶ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP). Se også Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 20-21.

²⁷ En komparativ analyse, slik det er redegjort for av Jon Petter Rui, «Komparasjon innen strafferett og -prosess», Tidsskrift for strafferett 2009/4, s. 434-468.

1.5 Den videre fremstilling

Gjeldende rett reiser flere interessante spørsmål når den holdes opp mot andre sentrale hensyn og grunnprinsipper i straffeprosessen. Før det gis en dybdeanalyse av disse spørsmålene, er det hensiktsmessig å gi en fremstilling av de kryssende grunnprinsipper og hensyn av betydning for kravet til god saksopplysning i straffesaker (kapittel 2).

I kapittel 3 skal det undersøkes nærmere hvordan ansvaret for utredningen fordeler seg mellom straffesakens aktører. I kapittel 4 skal det overordnede vurderingstemaet etter strpl. § 294 identifiseres og drøftes. Funnene fra analysen vil utgjøre fundamentet for drøftelsene i kapittel 5. Her skal de sentrale momenter i vurderingen av rettens saksopplysningsansvar undersøkes og analyseres nærmere, med det formål å kartlegge forholdet til det overordnede vurderingstemaet, samt til hverandre. Virkningen av at retten forsømmer sin utredningsplikt drøftes i kapittel 6.

Basert på resultatene fra analysene av rettens undersøkelsesansvar etter gjeldende rett, skal det i kapittel 7 knyttes noen bemerkninger *de lege ferenda* til dette. For å løfte blikket vil det herunder foretas en sammenligning med dansk og svensk rett. Formålet er å kartlegge likheter og forskjeller i lovverkene, samt å undersøke om det finnes en felles rettsoppfatning rundt vurderingstemaet for rettens ansvar. Samtidig vil funnene kunne bidra til den rettspolitiske drøftelsen. Deretter skal forslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24 redegjøres for og drøftes. Avslutningsvis skal det vurderes hvordan reglene om rettens ansvar for sakens faktiske opplysning bør utformes.

2 Kryssende grunnprinsipper og hensyn av betydning for domstolens ansvar for sakens opplysning

2.1 Innledning

Saksbehandlingsreglene i straffesaker er blitt til som et resultat av en avveining mellom en rekke kryssende hensyn og interesser. For en god prosessordning er det særlig fire reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Prosessen skal virke *tillitsvekkende*, *hensynsfull*, ivareta *rettssikkerheten* og være *effektiv*.²⁸ Med «reelle hensyn» menes de formål eller verdier som er

²⁸ Øyen (2019) s. 26-27, Andenæs/Myhrer (2009) s. 1 og Rui (2014), s. 393 flg.

søkt ivaretatt ved utformingen av grunnprinsipper og enkeltregler.²⁹ Begrepet «prinsipp» benyttes i forskjellige sammenhenger og er ikke enhetlig definert.³⁰ Med «grunnprinsipp» siktes det i avhandlingen til sammenfatninger av de viktigste trekkene ved saksbehandlingsreglene i straffeprosessen, som fremstår som overordnede retningslinjer eller normeringer av betydning for rettsspørsmål.³¹

Grunnprinsippene og hensynene er viktig både for tolkningen av bestemmelsene i straffeprosessloven, for forståelsen av fagområdet, og ved vurderingen av om den løsning som er valgt i gjeldende rett (*de lege lata*) er rettspolitisk hensiktsmessig (*de lege ferenda*).³² For domstolens undersøkelsesplikt er det den materielle sannhets prinsipp, anklageprinsippet og konsentrasjonsprinsippet som er av størst betydning for reglenes utforming. I tillegg er kravene til domstolens objektivitet, likebehandling og uavhengighet sentrale. De grunnprinsipper som skal gjennomgås nedenfor, kan alle regnes som en del av retten til en rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95. Slik sett bidrar plikten i strpl. § 294 på forskjellige måter til å oppfylle denne rettigheten.

2.2 Den materielle sannhets prinsipp - «en bærebjelke i straffeprosessen»

Det overordnede formålet med straffeprosessen er å realisere straffansvaret.³³ I forlengelsen av dette følger idealet om at domstolen skal treffe materielt riktige avgjørelser. Både i lovforarbeidene og rettspraksis fremheves dette som «et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess» som utgjør «en bærebjelke i straffeprosessen» (den materielle sannhets prinsipp).³⁴ Prinsippet innebærer at saksbehandlingsreglene for straffesaker må utformes på en slik måte at domsavsigelser treffes på grunnlag av det som faktisk har skjedd, med andre ord sannheten.³⁵ Ved å legge sannheten til grunn sikrer man et materielt riktig resultat med den følge at skyldige straffes og uskyldige frifinnes, hvilket er den offentliges interesse i

²⁹ Rui (2014) s. 392.

³⁰ Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 83 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 773 flg.

³¹ Se Frøberg (2013) s. 126 flg., Kjelby (2019) s. 115, og Graver (2006) s. 196.

³² Rui (2014) s. 394.

³³ Øyen (2019) s. 26.

³⁴ Se Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38 og Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) *Om lovendringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)* s. 66.

³⁵ Rui (2014) s. 401.

straffeforfølgningen.³⁶ Prinsippet skal ivareta både rettssikkerhetshensyn og tilliten til rettssystemet.³⁷

Under hovedforhandlingen kommer det materielle sannhetsprinsipp først og fremst til uttrykk i strpl. § 294 om rettens ansvar for sakens opplysning. En forutsetning for å ivareta formålet om å komme til et materielt riktig resultat, er at saken er godt nok opplyst. Dette innebærer at domstolen må sørge for at både det som taler for og mot mistenkte kommer frem under hovedforhandlingen. En annen bestemmelse som bidrar til å frembringe materiell sannhet er strpl. § 38. Når retten i straffesaker ikke er like strengt bundet til partenes bevisførsel og fremleggelse av saken som i sivile saker, er sannsynligheten større for at saken oppnår et riktig resultat.

Det kan ofte oppstå et spenningsforhold mellom sannhetsprinsippet og andre grunnleggende hensyn eller prinsipper i straffeprosessen. Idet straff utgjør et alvorlig inngrep i den enkelte borgers frihet, gis det ofte uttrykk for at målsettingen om å realisere straffelovgivningen ikke er av så høy prioritet at materiell sannhet bør oppnås for enhver pris.³⁸ Så vel beviskravet i straffesaker som en rekke andre mekanismer i straffeprosessen er utslag av at uriktige domfellelser ansees klart verre enn uriktige frifinnelser. Hensynet til effektivitet og prosessøkonomi kan for eksempel tilsi begrensninger i sannhetsprinsippets gjennomslagskraft.³⁹ Bevisavskjæringsreglene i straffeprosessen illustrerer dette. Rekkevidden av prinsippet vil være avhengig av hvilke andre viktige kryssende hensyn som gjør seg gjeldende, og disse må forsvarlig avveies mot hverandre. Når det er tale om en bærebjelke i straffeprosessen, skal det imidlertid mye til for at andre hensyn skal slå gjennom overfor hensynet til et materielt riktig resultat. Prinsippet har stor betydning for avhandlingens problemstillinger. Ut fra sannhetsidealet er det for eksempel betenkelig om retten kan frifinne tiltalte ut fra tiden det tar å fremskaffe en opplysning, hvis det finnes et faktum den skulle visst mer om for å oppnå et tilstrekkelig godt avgjørelsesgrunnlag.

2.3 Anklageprinsippet

Anklageprinsippet innebærer at domstolene ikke selv kan ta initiativ til straffeforfølgningen, og kommer i sin rene form til uttrykk i strpl. § 63 om at «[d]omstolene trer bare i virksomhet

³⁶ Andenæs/Myhrer (2009) s. 6.

³⁷ Rui (2014) s. 401.

³⁸ Se bl. a. Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 85-86, Hov II (2010) s. 1150, Jahre (2019) s. 11.

³⁹ Rui (2014) s. 406 og Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 86.

etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake». Det er påtalemyndigheten som må ta initiativ til rettsforfølgning. Ved en rendyrket anklageprosess er det partene som råder over prosessen og bevisførselen. Domstolens oppgave er å avgjøre hvorvidt straffevilkårene er innfridd basert på det partene legger frem. Motstykket er en ren inkvisisjonsprosess (undersøkellesprosess), hvor hele eller deler av ansvaret for etterforskningen og innhenting av bevismaterialet er underlagt domstolen.⁴⁰

Anklageprinsippet er et utslag av ønsket om maktfordeling hvor det skilles mellom lovgivende, utøvende og dømmende makt. Ved å holde statsmaktene adskilt hindrer man vilkårlig maktbruk og ivaretar borgernes rettssikkerhet. Prinsippet kan også begrunnes i at tilliten til domstolenes nøytralitet og objektivitet svekkes dersom domstolen involveres nevneverdig i utformingen av grunnlaget for tiltalen mot siktede. Det er også i en inkvisitorisk prosess mulig å ta hensyn til nøytraliteten og maktfordelingen mellom straffeforfølgningens aktører. Til illustrasjon er Frankrikes straffeprosess, hvor de har en egen ordning med etterforskningsdommer i visse typer straffesaker. Fordelen med et slikt system er at dommeren er mer uavhengig den utøvende makt enn hva påtalemyndigheten er.⁴¹

De to rettergangsordningene er ment å ivareta forskjellige hensyn. Ingen av dem er derfor gitt fullt gjennomslag i norsk straffeprosess. Andenæs/Myhrer karakteriserer norsk straffeprosess som «en anklageprosess med visse inkvisitoriske innslag».⁴² Robberstad mener på sin side at prosessordningen er «en inkvisitorisk prosess med enkelte elementer fra partsprosessen».⁴³ Hov fremholder at en inkvisitorisk prosess ikke uten videre er noe dårligere enn en anklageprosess. Det avgjørende er hvordan selve etterforskningen og saksbehandlingen praktiseres.⁴⁴ Blandingen av anklage- og inkvisisjonsprosess viser seg gjennom strpl. § 38 første og annet ledd. På den ene siden kan ikke domstolen gå utenfor det «forhold» tiltalen gjelder. På den andre siden står retten nærmest fritt til å fravike partenes anførsler, straffepåstander og den foreslåtte subsumsjon. Til tross for at partene har hovedansvaret for bevisførselen, viser rettens selvstendige ansvar for sakens opplysning under hovedforhandlingen etter strpl. § 294 inkvisitoriske trekk ved vår prosessordning.

⁴⁰ Andenæs/Myhrer (2009) s. 31.

⁴¹ Se Rui (2014) s. 418 og Andenæs/Myhrer (2009) s. 32.

⁴² Andenæs/Myhrer (2009) s. 31-33.

⁴³ Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon*, (1999) s. 32.

⁴⁴ Jo Hov, *Rettergang I* (2010) s. 169.

Anklageprinsippet har sammenheng med hvor langt domstolen bør gå i å innhente nye bevis etter strpl. § 294. Dreier det seg om nye bevis til skade for tiltalte, kan tiltaltes rettssikkerhet tenkes bedre ivaretatt når det fullt ut er påtalemyndighetens risiko å sørge for tilstrekkelig bevisførsel. En slik ordning kunne imidlertid forhindre materielt riktige avgjørelser. Det vil være uheldig om domstolen må frifinne tiltalte utelukkende på grunnlag av «dårlig» politiarbeid og partenes presentasjon av saken. For å oppnå et materielt riktig resultat er det nødvendig med visse inkvisitoriske innslag i prosessreglene. Bestemmelsen i strpl. § 294 er kanskje det fremste inkvisitoriske innslaget i straffeprosessen. Anklageprinsippet og strpl. § 38 setter rammer for rettens adgang til å undersøke saken. Innenfor de prosessuelle grenser § 38 oppstiller gjelder derimot domstolens plikt fullt ut, og begrenses ikke av anklageprinsippet. Dermed er det ikke bare uheldig dersom det forekommer frifinnelse på grunn av dårlig politiarbeid, det kan ganske enkelt ikke aksepteres etter strpl. § 294.

2.4 Konsentrasjonsprinsippet

Et annet viktig grunnprinsipp i norsk straffeprosess er konsentrasjonsprinsippet. Prinsippet innebærer at domstolsprosessen skal gjennomføres så raskt og effektivt som mulig.⁴⁵ Det er ment å ivareta både prosessøkonomiske hensyn og effektivitetshensyn, så vel som det legger til rette for hensynsfullhet og at tilliten til rettssystemet ivaretas.⁴⁶

Når saken konsentreres i tid og omfang, bidrar det til et materielt riktig resultat. Går det for lang tid før hovedforhandling avholdes eller vitner blir avhørt, vil bevis kunne svekkes (selv om dette nok sjelden er tilfellet).⁴⁷ Straffens formål om en allmenn- og individualpreventiv virkning vil ha størst effekt hvis det ikke går for lang tid mellom den straffbare handlingen og straffen.⁴⁸ En utsettelse og forlengelse av saken kan være personlig og økonomisk belastende både for samfunnet, tiltalte, fornærmede, etterlatte og andre som er berørt. Blir prosessen *for* konsentrert, er det imidlertid fare for at det kan oppstå strid med sannhetsidealet.⁴⁹ En begrenset undersøkelse av sakens faktum kan være effektiv og kostnadsbesparende, men vil samtidig kunne øke risikoen for uriktige domfellelser. Videre kan det svekke tilliten til domstolen og rettssikkerheten.

⁴⁵ Rui (2014) s. 414.

⁴⁶ Rui (2014) s. 414.

⁴⁷ Rui (2014) s. 414.

⁴⁸ Rui (2014) s. 414.

⁴⁹ Rui (2014) s. 414.

Konsentrasjonsprinsippet kommer blant annet til uttrykk i strpl. §§ 292 og 293, hvor det er gitt regler om bevisavskjæring. Prinsippet følger også av Grl. § 95 og EMK art 6 nr. 1 om at saksbehandlingen skal skje «within reasonable time» («innen rimelig tid»).

Ved tolkningen av rettens plikt etter strpl. § 294, må det foretas en avveining av på den ene siden sjansen for feil, og på den andre siden kostnadene og ressursbruken ved å minimere risikoen for uriktige domfellelser. Som tidligere påpekt skal det en god del til for at andre hensyn og prinsipper skal slå gjennom overfor sannhetsprinsippet. Følgelig kan ikke konsentrasjonsprinsippet gå på bekostning av gjennomføringen av en betryggende domstolsprosess.

2.5 Uskyldspresumsjonen, det strafferettslige beviskravet og påtalemyndighetens bevisbyrde

Grunnloven § 96 annet ledd, EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2 fastslår at «[e]nhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Bestemmelsene gir uttrykk for *uskyldspresumsjonen* («In dubio pro reo»), som innebærer at tiltalte ikke skal behandles som skyldig før domfellelse foreligger. I Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 130 og Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14 betegnes presumsjonen om uskyld som «et særlig rettsstatsprinsipp».

Uskyldspresumsjonen rommer flere viktige regler og prinsipper i straffeprosessen. Grunnleggende er regelen om at «i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil», jf. Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 89, Rt. 2010 s. 655 avsnitt 17 og Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 15. Det samme er uttalt i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens plenumsdom 6. desember 1988 i saken *Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania* [EMD-1983-10588] avsnitt 77. Regelen gir uttrykk for beviskravet og bevisbyrderegelen i straffesaker.

Med *beviskravet* siktes det som tidligere nevnt til hvor mye som skal til for at et faktum skal legges til grunn for en domsavgjørelse.⁵⁰ Kravet er ikke regulert i straffeprosessloven, men er sikker rett og følger av rettspraksis. I straffesaker må det være «bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil» at det faktiske grunnlaget for tiltalen har funnet sted.⁵¹ En ren teoretisk eller hypotetisk tvil er dermed ikke nok. Beviskravet i straffesaker står i motsetning til beviskravet i sivile saker, hvor utgangspunktet er et krav om sannsynlighetsovervekt (ofte betegnet som mer

⁵⁰ Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 107.

⁵¹ Se f. eks Rt. 2001 s. 1521 (kjm.utv.) på side 1541 og Rt. 2008 s. 1659 avsnitt 17.

enn 50 % sannsynlighet) for at et faktum skal legges til grunn.⁵² Til grunn for beviskravet i straffesaker og sivile saker, ligger tanken om at dette medfører flest materielt riktige avgjørelser. Grunnen til at det opereres med et strengere beviskrav i straffesaker, er at det ansees klart verre at uskyldige dømmes enn at skyldige frifinnes.⁵³ Oppstår det tvil om beviskravet i en straffesak er oppfylt, er det avgjørende hvem av partene som har *bevisbyrden*. Regelen fremgår ikke direkte av straffeprosessloven, men det er likevel ikke tvilsomt at denne er tillagt påtalemyndigheten.⁵⁴ Følgelig er det påtalemyndigheten som må bevise at siktede er skyldig etter tiltalen. Enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, hvilket innebærer at vedkommende kun kan domfelles når retten på grunnlag av sakens beviser er overbevist om at tiltalte er skyldig.⁵⁵

Hov hevder at kravet om en høyere grad av sannsynlighet for domfellelse i straffesaker, ikke trenger innebære at de fleste straffedommer er uriktige. Påtalemyndigheten tar høyde for det strenge beviskravet ved å reise straffesak kun i de tilfellene hvor bevisene ser ut til å holde for domfellelse.⁵⁶ Det kan reises spørsmål om hvor godt det strenge beviskravet og bevisbyrderegelen harmonerer med at den materielle sannhets prinsipp skal være «en bærebjelke i straffeprosessen». Beviskravet kan på den ene siden ikke settes så lavt at det er fare for at uskyldige havner i fengsel. Rui hevder man ved å senke beviskravet til sannsynlighetsovervekt statistisk sett ville kommet nærmere en materielt riktig avgjørelse av straffesaker, men at dette er uakseptabelt på grunn av risikoen for at uskyldige dømmes ville økt.⁵⁷

Kravet kan imidlertid ikke settes så høyt at for mange skyldige går fri. Da oppnås ikke flest mulig materielt riktige avgjørelser, og strafferettspleien kunne mistet sin allmennpreventive effekt.⁵⁸ Det vil også være ressurskrevende for påtalemyndigheten å føre tilstrekkelig bevis, da særlig i sedelighetssaker hvor det ofte mangler tekniske bevis. En høy grad av sannsynlighet medfører imidlertid rettssikkerhetsgarantier for tiltalte. Rui ser det slik at «beviskravet er en modifikasjon av den materielle sannhets prinsipp, som gjøres ut fra hensynet til å unngå at

⁵² Se blant annet Rt. 1992 s. 64 på side 70.

⁵³ Strandbakken (2003) s. 59 og Rui (2014) s. 409.

⁵⁴ Prinsippet kommer indirekte til uttrykk i f. eks. Rt. 1979 s. 884 (kjm.) og HR-2019-1967-A avsnitt 22.

⁵⁵ Steinar Fredriksen, *Innføring i Straffeprosess*, 4. utg. (2018), s. 307-308.

⁵⁶ Hov II (2010) s. 1150.

⁵⁷ Rui (2014) s. 407-408.

⁵⁸ Hov II (2010) s. 1150 og Rui (2014) s. 407-408.

uskyldige straffedømmes. Beviskravet rokker ikke ved grunnprinsippet om den materielle sannhet i norsk straffeprosess». ⁵⁹

Både et for strengt og et for lavt beviskrav kan føre til at et materielt riktig resultat ikke oppnås. Justismord får oftere mye kritikk og bredere dekning i media. På denne måten kan tilliten til rettssystemet svekkes. Dette, samt at straff er et alvorlig inngrep, kan være samvirkende årsaker til at det ansees verre at uskyldige dømmes enn at skyldige ikke straffes. Uskyldspresumsjonen må antas å sette en stopper for rettens adgang til å vurdere et bevis på forhånd til å være til skade for tiltalte, idet rettens objektivitet og nøytralitet svekkes. Det er likevel noe betenkelig hvis retten frifinner siktede på grunn av bevisbyrderegelen, i stedet for å utsette saken for å opplyse saken bedre dersom det mangler bevis. Målsettingen om et materielt riktig resultat bør her være avgjørende. Retten bør plikte å bringe klarhet i sakens faktum uavhengig av om det er til gunst eller skade, *før* den frifinner tiltalte ut fra beviskravet og bevisbyrden.

2.6 Domstolens objektivitet og nøytralitet

De grunnprinsippene som til nå har vært gjennomgått, må anses som retningslinjer for flere andre viktige saksbehandlingsregler i straffeprosessen. Ved domstolens ansvar for sakens opplysning er særlig kravene til *objektivitet* og *nøytralitet* av betydning. Med «objektiv og nøytral» siktes det blant annet til at domstolen må unngå forutinntatte holdninger og stille seg nøytral til partene i saken og det bevismaterialet som fremlegges. Formålet er å forhindre maktmisbruk og sikre borgernes rettssikkerhet. Reglene er et utslag av uskyldspresumsjonen.

I en noen tilfeller kan kravet til domstolens objektivitet og nøytralitet trekke i motsatt retning av målsettingen om et materielt riktig resultat. Eksempelvis kan innhenting av nye bevis til gunst for tiltalte etter strpl. § 294 fra fornærmede eller påtalemyndighetens ståsted gi inntrykk av en særbehandling eller favorisering av siktede. Av hensyn til tiltaltes rettssikkerhetsgaranti kan det på den andre siden føles urettferdig for siktede om retten innhenter bevis i vedkommendes disfavør. Regelen i § 294 skal sikre et materielt riktig resultat, men sondringen mellom bevis til gunst eller skade svekker samtidig rettens upartiskhet og objektivitet. Som jeg kommer tilbake til, må plikten til å opplyse saken utløses ved uklarheter eller tvil om sakens faktum. Ofte er det hverken mulig eller hensiktsmessig å ta stilling til om innhenting av nye bevis er til gunst eller skade. Det vil kreve at dommeren gjør en forutinntatt vurdering av hva

⁵⁹ Rui (2014) s. 408.

beviset vil vise. I slike tilfeller kan det ikke være tale om å frifinne tiltalte ut fra frykten for svekkelse av tilliten til rettssystemet. Uavhengig av om det føles urimelig for en av partene, må det avgjørende for vurderingen være at avgjørelsen er materielt riktig. En materielt riktig avgjørelse vil i seg selv skape tillit til rettssystemet.

3 Ansvar for sakens opplysning

3.1 Påtalemyndigheten og forsvarers ansvar

Innledningsvis ble det påpekt at det er påtalemyndigheten som har hovedansvaret for å klarlegge faktum gjennom sin bevisførsel, med den modifikasjon at retten har et selvstendig ansvar for å sikre sakens opplysning, jf. strpl. § 294. I det følgende skal det undersøkes nærmere hvordan ansvaret for utredningen fordeler seg mellom sakens parter og retten. Først skal det drøftes hvorvidt forsvarer v/tiltalte overhodet har noe ansvar for opplysningen, og hvor langt påtalemyndighetens ansvar strekker seg.

Det følger av strpl. § 294 første punktum at det er «[r]etten» som på embets vegne skal våke over at saken blir fullstendig opplyst. Ordlyden gir uttrykk for at partene i straffesaken, dvs. påtalemyndigheten og forsvarer v/tiltalte, ikke har det fulle ansvaret for sakens opplysning. I NUT 1969: 3 på s. 303 fremholdes det at «[u]tkastet legger som den nåværende lov bevisførselen prinsipielt i partenes hånd, men finner retten at det er noe som mangler med hensyn til sakens opplysning, har den plikt til å gripe inn på embets vegne».

Uttrykket «partenes hånd» kunne tilsi at også forsvarer, og ikke bare påtalemyndigheten, har det primære ansvaret for sakens opplysning. En slik tolkning ville imidlertid harmonert dårlig med regelen om at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden. Ettersom tiltalte ikke skal måtte bevise sin uskyld, kan ansvaret for bevisførselen ikke legges til forsvareren. Men forsvarer kan selvfølgelig føre bevis til støtte for sin klient. I straffesaker gjelder det ikke noe forhandlingsprinsipp, og straff er den strengeste reaksjon staten kan ilegge en borger. Den mest logiske følgen av dette, sammenholdt med at tiltalte gjennom hele straffeforfølgningen har rett til å forholde seg taus for å ikke inkriminere seg selv jf. strpl. § 90, er at tiltalte ikke kan ilegges noe ansvar for sakens utredning. På denne bakgrunn må det legges til grunn at det er påtalemyndigheten som har hovedansvaret for bevisførselen, men at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning dersom aktors bevisføring brister.

Et annet spørsmål er utstrekningen av påtalemyndighetens ansvar for saksopplysningen. En naturlig konsekvens av bevisbyrderegelen, er at ansvaret ikke kan strekke seg lenger enn til å innhente nok bevis til å få den tiltalte dømt etter tiltalen, nærmere bestemt til å oppfylle beviskravet. Som jeg kommer tilbake til, må derimot domstolens ansvar antas å bero på om de fremlagte bevis gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, og ikke om beviskravet er oppfylt. En ser da at påtalemyndigheten og rettens ansvar for saksutredningen relaterer til forskjellige normer.

3.2 Rettens ansvar før hovedforhandlingen

Rettens ansvar for sakens faktiske opplysning *under hovedforhandlingen* er rettslig forankret i strpl. § 294, hvor det fremgår at «[r]etten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen». Typisk kan dette være å innhente nye vitner til å møte opp og forklare seg under hovedforhandlingen, eller fremskaffelse av nye dokumentbevis.⁶⁰ Lovteksten viser at rettens ansvar gjelder uavhengig av hva partene måtte mene. Det samme kan utledes av NUT 1969: 3 s. 303, som vist til ovenfor. Paragrafen er et utslag av den offentliges interesse i at straffedommer så vidt mulig blir riktige, og viderefører uten realitetsendringer det som tidligere fulgte av straffeprosessloven 1887 § 331 femte ledd.⁶¹

Begrepet «skal» tilsier at det dreier seg både om en rett og en plikt. I Rt. 2013 s. 905 avsnitt 27, betegnes ansvaret som en «selvstendig plikt». Domstolens rett til å supplere bevisførselen synes ikke å gå lengre enn plikten, og korresponderer dermed fullt ut med hverandre. Plikten gjelder helt frem til retten har truffet sin avgjørelse, selv om dette medfører en reassumering av saken. Oppdager retten underveis i hovedforhandlingen eller rådslagningen at det mangler nødvendige bevis for å sikre sakens opplysning, må den utsette saken og sørge for at disse bevisene innhentes. Til illustrasjon er dommene i Rt. 2013 s. 905 og HR-2019-1967-A.

Bestemmelsen er plassert i lovens kapittel 22 om hovedforhandlingen for tingretten. I tillegg følger det av lovteksten at retten ved innhenting av bevis kan beslutte å «utsette forhandlingen». *Under hovedforhandlingen* gjelder dermed utvilsomt rettens plikt fullt ut.⁶² Én presisering er likevel nødvendig. Plikten til undersøkelse begrenses som tidligere påpekt av strpl. § 38, ved at

⁶⁰ Hov II (2010) s. 1093.

⁶¹ Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager. Se HR-2019-1967-A avsnitt 23.

⁶² Se også Rt. 2003 s. 1739 (kjm.utv.).

retten ikke skal undersøke saken utenfor det «forhold» tiltalen gjelder. Innenfor samme forhold har retten plikt til å sørge for riktig lovanvendelse.

Spørsmålet i det følgende er om kravet gjør seg gjeldende *på andre stadier av straffeforfølgningen*, og eventuelt i hvilken utstrekning. Hverken ordlyden eller forarbeidene uttaler seg om rettens ansvar utenfor hovedforhandlingen. Det må derfor sees hen til andre rettskilder for å belyse spørsmålet.

På etterforskningsstadiet må det klare utgangspunktet være at retten bare skal behandle og ta stilling til det den blir bedt om, og ikke noe mer.⁶³ Regelen følger av anklageprinsippet i strpl. § 63 og særbestemmelsen i strpl. § 237, som medfører en plikt for retten til å etterkomme påtalemyndighetens begjæringer. Unntaket er hvis den «finner at det forhold som etterforskningen gjelder, ikke er straffbart, eller at straffansvaret er falt bort», jf. § 237 første ledd annet punktum. Et annet unntak fra hovedregelen finnes i strpl. § 237 fjerde ledd, hvor det fremgår at retten «av eget tiltak [kan] ta slike skritt som hensiktsmessig kan gjøres i forbindelse med det som begjæringen går ut på». Ordlyden synes å gi retten adgang til å *ex officio* sørge for sakens opplysning på etterforskningsstadiet. Forutsetningen er imidlertid at påtalemyndigheten ønsker å foreta skrittet, hvilket i praksis setter snevre rammer for hvor mye retten av eget tiltak kan foreta seg. Adgangen for domstolen til å overta etterforskningen etter strpl. § 247 er også avhengig av anmodning fra en påtaleberettiget.

Et mulig unntak som har vært gjenstand for debatt etter 22. juli-saken, er regelen om oppnevning av sakkyndige i strpl. § 139 annet ledd. Av bestemmelsen følger det at «[r]etten kan oppnevne nye sakkyndige, ved siden av den eller de først oppnevnte når den finner det påkrevet». Dette trekker i retning av at det er opp til retten å vurdere om det skal oppnevnes nye sakkyndige, uavhengig av om partene ønsker ytterligere sakkyndigvurdering. Kjennelsen i Rt. 2012 s. 268 gjaldt spørsmål om oppnevning av ytterligere sakkyndige for å bedømme om siktede i 22. juli-saken var tilregnelig. I avsnitt 30 uttaler Høyesterett at «[a]v bestemmelsen fremgår klart at retten har kompetanse til å treffe avgjørelse om tilleggsoppnevning når "den" - altså retten – finner det "påkrevet"». Ankeutvalget legger til grunn i avsnitt 31 at tingretten hadde anledning til å oppnevne nye sakkyndige selv om hverken påtalemyndigheten eller tiltalte hadde begjært det. Noe annet kunne ikke utledes av strpl. § 237 eller anklageprinsippet

⁶³ Andenæs/Myhrer (2009) s. 262.

i strpl. § 63. Rettstilstanden slik den kommer til uttrykk i avgjørelsen, er ikke foreslått videreført i utkastet til ny straffeprosesslov.⁶⁴

Anklageprinsippet tilsier at retten heller ikke kan overprøve påtalemyndighetens avgjørelse av påtalespørsmålet. Under forberedelsen til hovedforhandlingen er det i utgangspunktet ikke anledning for retten til å beslutte bevisførsel uavhengig av hva partene har inntatt i bevisoppgaven.⁶⁵ Kun i særlige tilfeller hvor tiltalte er uten forsvarer er det slik adgang, jf. strpl. § 267 annet ledd. Ved varetektsfengsling, følger det av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2011 s. 1598 avsnitt 12 at rettens plikt etter § 294 er «et grunnprinsipp som også må gjelde for varetektsfengsling». Forutsetningen er imidlertid også her at påtalemyndigheten må ha begjært fengsling. Retten kan ikke selv foreta skrittet. Prinsippet gjelder også for ankebehandling, og ved vurdering av om anken skal fremmes, jf. Rt. 2015 s. 126 (Høyesteretts ankeutvalg). Kravet om god saksopplysning gjelder for øvrig som en ulovfestet straffeprosessuell regel.⁶⁶

Oppsummert dreier det seg ikke om noe egentlig utredningskrav fra domstolens side før tiltale tas ut. Domstolen kan bli bedt om å foreta etterforskingsskritt av påtalemyndigheten, og plikter da som hovedregel å etterkomme begjæringen. Til forskjell fra under hovedforhandlingen, innebærer dette ingen selvstendig plikt til å undersøke saken på etterforskningsstadiet (kanskje med unntak av tilleggsoppnevning av sakkyndige). Forskjellen i ansvaret for sakens faktum før og etter tiltale tas ut, kan muligens begrunnes i at det er påtalemyndigheten som er nærmest til å vurdere om det er behov for ytterligere etterforskning. Dette sikrer den dømmende makts objektivitet og uavhengighet, og øker sjansen for riktige avgjørelser. Fremstillingen vil i det videre begrenses til spørsmålet om i hvilken utstrekning retten har ansvar for opplysningen *under hovedforhandlingen*.

4 Det overordnede vurderingstemaet: Kravet om et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag

4.1 Innledning

For at retten i en straffesak skal kunne ta stilling til om vilkårene for straff er oppfylt, er den avhengig av et faktisk avgjørelsesgrunnlag som kan subsumeres under rettsreglene. I

⁶⁴ NOU 2016: 24 s. 293-294.

⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 64.

⁶⁶ Se bl.a. Rt. 2009 s. 1189 og NOU 2016: 24 s. 260.

straffesaker er det bevisførselen under hovedforhandlingen som danner rammen for hvilket faktum retten kan legge til grunn for avgjørelsen, jf. strpl. § 305. Det som skal bevises, er det faktum som er beskrevet i tiltalens faktumbeskrivelse.

Straffeprosessloven § 294 gjelder både i relasjon til skyldspørsmålet og reaksjonsspørsmålet i straffesaker. I avhandlingen vil det fokuseres på førstnevnte, da det er her det finnes flest rettskilder av relevans for rettens ansvar for opplysningen. I det følgende skal rettskildebildet undersøkes nærmere, med det formål å identifisere og presisere det overordnede vurderingstemaet etter strpl. § 294. Først skal det foretas en tolkning av hva som menes med at straffesaken skal være «fullstendig opplyst». Deretter skal det drøftes om utstrekningen av rettens undersøkelsesplikt kan løses ved hjelp av å oppstille et beviskrav.

4.2 Straffesaken skal være «fullstendig opplyst»

Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i formuleringen «fullstendig opplyst» i strpl. § 294. Bestemmelsen setter rammene for hvor langt domstolen plikter gå i å innhente nye bevis i en straffesak, men gir ingen avklaring på hva som nærmere ligger i begrepet. En selvstendig tolkning av lovens uttrykk, sett i lys av øvrige rettskilder, er derfor nødvendig for å kartlegge innholdet og rekkevidden av rettens plikt. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at retten plikter å sørge for at absolutt alle bevis skal klarlegges og fremskaffes for å belyse sakens faktiske omstendigheter, uavhengig av om det medfører store forsinkelser av saken eller økte kostnader. I teorien hevder imidlertid Bjerke/Keiserud/Sæther at:

«Når loven sier at retten ex officio skal sørge for at saken blir «fullstendig opplyst», kan loven ikke tas helt på ordet, idet en fullstendig opplysning av saken i mange tilfeller er en uopnåelig idealfordring. Meningen er at retten må sørge for at saken er så godt opplyst som mulig, hensett til hva som er rimelig og praktisk mulig og økonomisk forsvarlig å foreta tatt i betraktning sakens alvor, dens betydning for tiltalte og det tidstap som en eventuell utsettelse vil innebære. [...] En samlet avveining kan lede til at et nytt bevis likevel ikke innhentes, selv om det antas å kunne lede til at saken ble ytterligere opplyst.»⁶⁷

⁶⁷ Bjerke/Keiserud/Sæther (2011) s. 1068.

Samme synspunkt inntas av Øyen og Andenæs/Myhrer.⁶⁸ Av Aarli/Hedlund/Jebens fremholdes det at en ikke kan oppnå materiell sannhet for enhver pris. Som begrunnelse vises det til hensynet til rettssikkerhet for den siktede, og at hensynet til forsvarlig ressursbruk i noen grad vil legge begrensninger på hvor grundig et faktum kan opplyses.⁶⁹ Hov skriver at tidsmomentet er viktig både av hensyn til samfunnet og virkningen av dommen for den mistenkte. For at strafferettspleien skal oppnå sin individual- og allmennpreventive virkning, er det en fordel at dommen kommer kort tid etter forbrytelsen.⁷⁰ Den belastningen det er for tiltalte som lever med usikkerhet i vente på dom, og som kanskje i tillegg sitter varetektsfengslet, taler for at tids- og ressursbruken må begrenses. Jo lenger tid det tar å innhente nye opplysninger, desto større er sjansen for at bevis i saken kan svekkes. Vitner kan glemme eller i verste fall dø i påvente av saken, og dokumenter eller andre fysiske bevis kan gå tapt.⁷¹

Uttalelsene i juridisk teori tyder på at lovens ordlyd ikke kan tas helt på ordet når den legger til grunn at saken skal være «fullstendig opplyst». En fullstendig opplysning av saken der absolutt alle tenkelige bevis skal innhentes kan være vanskelig å praktisere, ineffektivt og lite økonomisk. Begrensninger i adgangen til å opplyse saken innebærer imidlertid en økt risiko for at avgjørelser treffes på grunnlag av et uriktig faktum. Når straff er den strengeste og mest inngripende reaksjonen staten kan ilegge en borger, må en være sikker på at avgjørelsen får et materielt riktig resultat.⁷² Tolkningen i litteraturen harmonerer dårlig med lovens klare formulering og målsettingen om materiell sannhet. Det er nok klart at saksutredningen på et punkt må si stopp. I *hvilken grad* effektivitet og prosessøkonomiske hensyn kan gjøre seg gjeldende overfor hensynet til en god saksopplysning, er et annet spørsmål. Det er lite holdepunkter i lovens ordlyd for at hensynet til at rettspleien skal være hurtig og billig kan gå på bekostning av hensynet til at den skal være grundig og betryggende. Gode grunner tilsier at utsagnet om at materiell sannhet ikke kan oppnås for enhver pris, må modifiseres. Hverken loven, forarbeidene eller rettspraksis gir uttrykk for et slikt synspunkt. Dette bør tillegges større rettskildemessig vekt enn uttalelser i juridisk litteratur.

Tatt i betraktning at materiell sannhet skal være bærebjelken i straffeprosessen, kan ikke retten unnlate en fullstendig opplysning av saken fordi prosessen skal være billig og effektiv. I motsatt

⁶⁸ Øyen (2019) s. 376 og Andenæs/Myhrer (2009) s. 2.

⁶⁹ Aarli/Hedlund/Jebens (2015) s. 85-86.

⁷⁰ Hov I (2010) s. 139.

⁷¹ Hov I (2010) s. 139.

⁷² Se Rt. 1977 s. 1207 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 62.

fall kan det medføre at flere skyldige går fri og uskyldige straffedømmes. Domstolens oppgave er å sikre at straffesaker er godt nok opplyst til å treffe en materielt riktig avgjørelse. Den skal ikke ta stilling til om påtalemyndigheten har oppfylt beviskravet. Til illustrasjon er dommen i Rt. 2013 s. 905, hvor Høyesterett opphevet lagmannsrettens frifinnelse av to personer tiltalt for forsikringsbedrageri, uten først å undersøke de uklare forholdene nærmere som kunne være avgjørende for resultatet. Likedan HR-2019-1967-A, hvor lagmannsretten hadde forsømt sin plikt etter § 294 ved ikke å innhente sakkyndigbevis av betydning for skyldspørsmålet. Dommene viser at rettens undersøkelsesplikt har en selvstendig betydning sammenlignet med beviskravet og bevisbyrden. Til forskjell fra sivile saker, kan ikke domstolen frifinne tiltalte fordi beviskravet ikke er oppfylt av påtalemyndigheten, hvis det er mulig å innhente ytterligere opplysninger om faktum for å oppnå et riktig resultat.

Er bestemmelsen ment å ha et annet innhold, må det være lovgivers oppgave å endre lovens formulering. Hensyntatt at det dreier seg om behandlingen av straffesaker, må loven tas på ordet. Det en med sikkerhet kan utlede av ordlyden «fullstendig opplyst», er at retten plikter å sørge for at saken ikke er *ufullstendig opplyst*. I dette ligger at retten plikter å sørge for et *forsvarlig* faktisk avgjørelsesgrunnlag. Hva som menes med «forsvarlig» er uklart, men utredningen må ligge innenfor et minimumsnivå av hva som er godtagbart. For domstolen bør dette bestå i å undersøke om innhenting av nye bevis kan påvirke resultatet i den ene eller andre retning, og sørge for å iverksette de tiltak som trengs for i størst grad å redusere risikoen for uriktige domfellelser. Bestemmelsen oppstiller en *forsvarlighetsstandard*, og utløser samtidig en handlingsplikt for retten til å supplere påtalemyndighetens bevisførsel dersom straffesaken tar en slik vending at forsvarlighetsstandarden ikke er oppfylt. Forsvarlighetsstandarden må være oppfylt før retten går i gang med bedømmelsen av bevisene.

Til sammenlikning kan det vises til forsvarlighetsstandarden i forvaltningsloven § 17 (1) 1. pkt. om at saken skal være «så godt opplyst som mulig».⁷³ Formuleringen er mindre strengt enn «fullstendig opplyst». Av forarbeidene følger det at «[u]tredningsplikten må rette seg etter hva som etter omstendighetene i det enkelte tilfelle er praktisk mulig og økonomisk forsvarlig». Dette tyder på en adgang til å lempe på utredningen av hensyn til effektivitet.⁷⁴ Skulle en lagt til grunn samme forståelse i straffeprosessen, kunne retten unnlate å opplyse faktum fullstendig

⁷³ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.).

⁷⁴ Innst.O. nr. 2 (1966-1967), *Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*, s. 8.

på grunn av ressurs hensyn. En slik regel harmonerer dårlig med lovens ordlyd og formål, som ikke gir anvisning på en løs standard basert på rimelighetsvurderinger.

Noen vil kanskje hevde at en vid tolkning av rettens ansvar etter strpl. § 294 harmonerer dårlig med det som følger av strpl. §§ 292 annet ledd bokstav b og 293 første ledd. Det følger av disse at retten kan avskjære bevis når forholdet «allerede er tilstrekkelig bevist», og når den finner at bevisførselen vil føre til «en forsinkelse eller ulempe som ikke står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning». Rekkevidden av strpl. § 294 innskrenkes nødvendigvis ikke av disse bestemmelsene. At det faktiske avgjørelsesgrunnlaget skal opplyses «forsvarlig», trenger bare bety at retten ikke plikter gå lenger enn det som er *nødvendig* i å innhente nye bevis. Med andre ord behøver den ikke innhente for mye eller irrelevant materiale. For mye og overflødig informasjon kan i motsatt fall skape forvirring rundt hvilke bevis som er de sentrale og viktigste for faktum i saken.

Kravet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag er et overordnet vurderingstema som må utfylles med momenter. Som det skal redegjøres for og analyseres nærmere i kapittel 5, viser rettspraksis at rettens ansvar beror på en konkret og sammensatt helhetsvurdering der en rekke forhold er av betydning.

4.3 Beviskravet for forsvarlighetskravet

En hensiktsmessig måte å klarlegge om retten plikter å innhente nye bevis i saken for å sikre et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag på, er ved hjelp av et beviskrav. Spørsmålet i det følgende er derfor *hvilket beviskrav* som bør gjelde ved vurderingen av om forsvarlighetskravet er oppfylt.

Begrepet «fullstendig opplyst» i strpl. § 294 gir anvisning på en streng plikt. Den strenge ordlyden sammenholdt med sannehetsidealet og hensynet til at straff er den strengeste reaksjon en person kan ilegges, tilsier at det må en god del til for at utredningen skal oppfylle kravet til et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Av denne grunn kan det tenkes at det burde oppstilles krav om at retten plikter å undersøke nærmere hvis det foreligger «en fjerntliggende mulighet» for at nye bevis vil påvirke resultatet i saken. En slik regel ville på sett og vis minsket risikoen for uriktige avgjørelser og gitt en betryggende prosess. Samtidig kunne det føre til en uheldig ressursbruk, tatt i betraktning at det er påtalemyndighetens oppgave å etterforske saken, og ikke rettens. Et for lavt beviskrav medfører da en uheldig forskyvning av rollefordelingen mellom

påtalemyndigheten og domstolen. Hensynet til en upartisk og objektiv domstol taler også for at det bør oppstilles et strengere krav enn dette.

Ved konstatering av straffansvar gjelder et strengt beviskrav, hvoretter faktum må bevises «utover enhver rimelig og fornuftig tvil», jf. Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 15. I og med at strpl. § 294 er en prosessuell regel, og ikke er en materiell straffebestemmelse, må kravet til en forsvarlig saksopplysning antas å være noe lavere enn dette. Det skal derfor undersøkes nærmere hvilket beviskrav som gjelder ved andre prosessuelle spørsmål i norsk straffeprosess.

I en enstemmig dom i HR-2016-217-A var spørsmålet om lagmannsrettens dom og ankeforhandling måtte oppheves fordi et medlem av lagretten sovnet under forsvarers prosedyre. For å treffe avgjørelse, måtte Høyesterett først ta stilling til spørsmålet om hvilket beviskrav som gjaldt. Førstvoterende uttaler i avsnitt 23-24 at:

«Etter dette går jeg over til å behandle hvilket *beviskrav* som må gjelde ved vurderingen av om kravet til oppmerksomhet faktisk er oppfylt. Det er her tale om bevisene for at et saksbehandlingskrav er tilfredsstilt. Dette er et beviskrav for et prosessuelt forhold.

I Rt-2004-1561 slås det i avsnitt 11, under henvisning til Rt-1994-1139, fast at "[h]ovedregelen for kravet til bevis i forbindelse med prosessuelle forhold er at retten må legge til grunn det faktiske forhold som fremstår som mest sannsynlig". Dette innebærer at kravet til bevis er *sannsynlighetsovervekt*.»

Videre fremholdes det i NOU 2016: 24 s. 264 at utgangspunktet «[v]ed prosessuelle forhold er [...] at det som er mest sannsynlig, skal legges til grunn», og at denne rettsstilstanden bør videreføres. Uttalelsene viser at beviskravet i prosessuelle spørsmål er alminnelig sannsynlighetsovervekt, hvilket ofte betegnes som at det stilles krav om mer enn 50 % sannsynlighet.⁷⁵

Samtidig kan det spørres om det i visse situasjoner må oppstilles et skjerpet beviskrav for at saksbehandlingsregler er oppfylt. I kjennelsen i Rt. 2004 s. 1561 avsnitt 11 uttales det om dette at «[u]nntaksvis vil det kreves en sterkere sannsynlighetsovervekt, for eksempel i tilfeller hvor det faktum som eventuelt skal legges til grunn, samtidig vil inneholde klare bebreidelser mot tiltalte, jf. Rt-2001-524 og Høyesteretts kjennelse av 8. september 2004 i sak HR-2004-1477-

⁷⁵ Ståle Eskeland, Strafferett, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm 2017, s. 293.

A». Samme synspunkt er lagt til grunn i NOU 2016: 24 s. 264. Dette tyder på at det for noen typer prosessuelle spørsmål vil kunne kreves for eksempel kvalifisert sannsynlighetsovervekt, som er betydelig mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. I HR-2016-217-A vurderte Høyesterett på ny spørsmålet i forbindelse med at forsvarer under henvisning til kjennelsene i Rt. 2001 s. 524 og Rt. 2004 s. 1561 gjorde gjeldende at det ved fellende dommer må stilles krav om mer enn sannsynlighetsovervekt for en konklusjon i domfeltes disfavør, se avsnitt 25. Til dette fremholder Høyesterett i avsnitt 25-26:

«Jeg forstår anførselen slik at man mener det må kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at lagrettemedlemmet i et tilfelle av uoppmerksomhet likevel har fått med seg det som ble sagt i en slik grad at hun kan ta stilling til spørsmålene i saken. De nevnte avgjørelsene gjaldt imidlertid bevis for faktum som inneholdt klare bebreidelser mot tiltalte i vedkommendes disfavør, noe det ikke er tale om i foreliggende sak.

Forsvarerne har også anført at rettssikkerhetshensyn tilsier at de alminnelige beviskrav ikke kan legges til grunn i saker hvor det er spørsmål om et lagrettemedlem på grunn av søvn ikke har fått med seg det som var sagt. En rekke saker hvor det har vært bevisspørsmål knyttet til prosessuelle spørsmål, har imidlertid hatt stor rettssikkerhetsmessig betydning uten at det er gjort unntak fra beviskravet. Et eksempel er Rt-2006-856. Min konklusjon er etter dette at hovedregelen for kravet til bevis for prosessuelle forhold også gjelder i det foreliggende tilfellet.»

Dommen viser at hovedregelen om beviskravet for prosessuelle spørsmål er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette uavhengig av om det gjelder bevis for faktum til skade eller gunst for tiltalte, eller saker med stor rettssikkerhetsmessig betydning. Hensynet til å unngå en ulik praktisering av beviskravet for prosessuelle spørsmål i straffeprosessen, tilsier at hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt bør gjelde også for rettens plikt etter strpl. § 294. Det bør derfor oppstilles et krav om at retten plikter å supplere bevisførselen så langt det foreligger sannsynlighetsovervekt for at bevisinnhenting vil kunne påvirke skyldspørsmålet den ene eller andre retning. Er det ikke overveiende sannsynlig at retten treffer et materielt riktig resultat uten å supplere bevisførselen, utgjør dette en forsømmelse av plikten til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.

Skulle det legges til grunn et høyere beviskrav, eksempelvis klar sannsynlighetsovervekt, ville det øke risikoen for uriktige avgjørelser. En regel om sannsynlighetsovervekt ivaretar i større grad hensynet til et materielt riktig resultat. Samtidig skaper det harmoni i lovgivningen og muliggjør en enkel praktisering av reglene. En slik forståelse av beviskravet for forsvarlighetskravet er i samsvar med det som er gjeldende rett ifølge Rt. 2001 s. 524, Rt. 2004 s. 1561 og HR-2016-217-A. Skulle det i stedet for oppstilles en regel for hvilke tilfeller retten *ikke* plikter å supplere bevisførselen, må det være tale om et høyere krav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Her kan det tenkes at det stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at nye bevis ikke vil påvirke resultatet. En slik «negativ» formulering av beviskravet for forsvarlighetskravet er betydelig mer rotete å praktisere, og derav mindre hensiktsmessig å operere med. Gode grunner taler for at den førstnevnte versjonen bør benyttes.

Slik argumentasjonen har vist, står tolkningen av utredningskravet i et nært forhold til beviskravet. Det er vanskelig å se at det er mulig for retten å si at det er sannsynlighetsovervekt for at det finnes opplysninger der ute av betydning for skyldspørsmålet, og samtidig ikke undersøke det. Dreier det seg derimot bare om en fjerntliggende, vag mulighet for at saken eventuelt ikke er fullstendig utredet, stiller situasjonen seg annerledes.

4.4 Oppsummering av det overordnede vurderingstemaet

Basert på analysen over kan det utledes fra ordlyden, forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori at rettens ansvar for sakens opplysning etter strpl. § 294 omfatter plikten til å sørge for et *forsvarlig* faktisk avgjørelsesgrunnlag. Forsvarlighetsvurderingen beror ikke på en avveining av på den ene siden hensynet til rettssikkerhet og på den andre siden hensynet til effektivitet. Det dreier seg om en mer fast vurdering, hvor det må tas i betraktning at hensynet til et materielt riktig resultat er en bærebjelke i straffeprosessen, og at straff er den strengeste reaksjon samfunnet kan påføre en borger. Beviskravet for forsvarlighetskravet bør være *alminnelig sannsynlighetsovervekt*, som innebærer at retten plikter å opplyse saken når det er overveiende sannsynlig at nye bevis vil påvirke sakens resultat i den ene eller andre retning.

Drøftelsen viser at det er en grunnleggende forskjell mellom på den ene siden at påtalemyndigheten har bevisbyrden og at beviskravet ikke er innfridd, og på den andre siden at saken ikke er «fullstendig opplyst». Skillet er viet liten oppmerksomhet i det foreliggende rettskildemateriale, og skal analyseres nærmere nedenfor.

5 Momenter i forsvarlighetsvurderingen

5.1 En konkret og sammensatt helhetsvurdering

Som tidligere påpekt må det faktum som legges til grunn i en straffesak være godt nok opplyst til at det er *forsvarlig* for domstolene å treffe avgjørelse i saken. I det følgende skal hovedmomentene i forsvarlighetsvurderingen etter strpl. § 294 fremstilles og undersøkes.

Det kan ikke trekkes noen klare slutninger fra lovteksten om hvilke momenter som er av betydning for rekkevidden av rettens undersøkelsesplikt. Av NUT 1969: 3 s. 303 fremgår det at retten plikter å foreta åstedsgransking «når det er nødvendig for å få saken betryggende belyst». Ved rettens vurdering må det tas hensyn til «betydningen av åstedsbefaringen, sakens alvor, omkostninger og tidstap ved befaringen». Uttalelsen omhandler åstedsbefaring, men kan likevel ha en viss overføringsverdi for hvilke momenter som er relevante generelt. Lovforarbeidene er tause ut over dette. Det skal derfor undersøkes om rettspraksis eller juridisk teori kan bidra til å belyse spørsmålet. Det er rikholdig av rettspraksis om innholdet av strpl. § 294. Derav vil det kun være rom for noen hovedlinjer i det følgende. I kjennelsen i Rt. 2008 s. 605 (Rekonstruksjon) var spørsmålet om lagmannsretten hadde overholdt sin plikt til å våke over at saken ble fullstendig opplyst, jf. strpl. § 294. I avsnitt 14 oppsummeres de *generelle avveininger* som må foretas ved ivaretagelsen av rettens plikt til å sørge for sakens opplysning slik:

«Retten har etter § 294 en selvstendig plikt til å sørge for at nødvendige opplysninger blir innhentet. Dette gjelder selv om partene måtte mene at ytterligere opplysning av saken ikke er nødvendig, men desto mer dersom partene er uenige om behovet eller muligheten – typisk når politiet motsetter seg å innhente opplysninger tiltalte ønsker fremlagt. Rekkevidden av rettens plikt etter § 294 beror på sakens omstendigheter, med det generelle bevisbilde som utgangspunkt for vurderingen. Et sentralt moment er hvor alvorlig saken er. I tillegg vil det kunne ha betydning om opplysningene gjelder et viktig punkt i saken, om de antas å være til tiltaltes gunst, og om de kan fremskaffes ved rimelig innsats av tid, penger og andre ressurser i forhold til hva man må regne med kan oppnås.»

Denne generelle forståelsen av strpl. § 294 bekreftes av Høyesterett i blant annet Rt. 2008 s. 1350 avsnitt 15, Rt. 2013 s. 905 avsnitt 40, HR-2017-1031-U avsnitt 15 og HR-2019-1967-A avsnitt 24. I Rt. 2009 s. 801 avsnitt 32 utdypes det at det ved vurderingen av utsettelse for at

saken skal bli fullstendig opplyst, blant annet må tas hensyn til at «[s]terke offentlige hensyn taler for at iretteføringen av straffesaker ikke trekker ut, av hensyn til straffens formål og fordi straffesaker ofte er avhengige av bevis som svekkes ettersom tiden går. Også hensynet til fornærmede og etterlatte har betydelig vekt». I Rt. 2013 s. 905 avsnitt 39 og HR-2019-1967-A avsnitt 26 uttaler førstvoterende ytterligere at «retten normalt må kunne basere seg på det aktor har lagt fram».

Uttalelsene i rettspraksis gir samlet sett anvisning på at rekkevidden for utredningskravet beror på en konkret helhetsvurdering, hvor en rekke forhold er av betydning. Det sentrale for vurderingen er sakens totale bevisbilde, sakens art og alvor, aktors opptreden, hvor sentralt det aktuelle beviset er i saken og sakens øvrige bevis, samt hvem beviset vil antas å være til gunst for. Det er også av betydning om den supplerende bevisførselen vil utgjøre en uforholdsmessig bruk av tid, penger og andre ressurser i forhold til hva den vil kunne avklare. De angitte momentene ansees imidlertid ikke uttømmende. Helhetsvurderingen medfører at retten i enkelte saker går langt i å innhente nye bevis. I andre saker anser den partenes fremlagte opplysninger tilstrekkelig til å avsi en forsvarlig avgjørelse. Beslutningen virker å basere seg på en avveining mellom straffeprosessens ulike målsettinger. Særlig gjelder dette ønsket om på den ene siden en materielt riktig avgjørelse og en tillitsvekkende prosess, og på den andre siden en hurtig og økonomisk domstolsbehandling.

Juridisk teori trekker i stor grad frem de samme vurderingsmomenter som fremstilles av Høyesterett, se blant annet Keiserud/Sæther/Holmboe, Øyen og Andenæs/Myhrer.⁷⁶ Et interessant spørsmål er om momentene som fremheves i rettspraksis og teori støttes av ordlyden i strpl. § 294 og formålet bak bestemmelsen, og hvordan de stiller seg til grunnprinsippet om materiell sannhet. Det kan videre spørres om momentene rent faktisk praktiseres av domstolene, eller om det i realiteten er andre sentrale hensyn som er mer fremtredende ved rettens beslutning om å supplere bevisførselen. I det følgende skal de enkelte momentene analyseres nærmere og vurderes opp mot det overordnede vurderingstemaet (kapittel 5.2-5.10). Formålet er å avdekke mulige svakheter, feil eller uriktigheter. Det skal drøftes hvilken rettskildemessig vekt

⁷⁶ Lovkommentar til Straffeprosessloven av Keiserud/Sæther/Holmboe på juridika.no, ajourført per 1. januar 2020; Øyen (2019) s. 375-376; Andenæs/Myhrer (2009) s. 1-3.

momentene kan tillegges i forhold til hverandre, hvorvidt dette er hensiktsmessige momenter, og om en del «vedtatte sannheter» kan modifiseres eller motbevises.

5.2 Arten og graden av løse tråder

Et moment som kan leses ut av formålet bak strpl. § 294 om materiell sannhet, det overordnede vurderingstemaet, samt indirekte av rettspraksis, er betydningen av *arten og graden av løse tråder*. Med «løse tråder» menes at det finnes nye bevis i saken som kan bidra til å bringe klarhet i faktum, men som ikke er innhentet. Begrepet «arten» innebærer hvilken type løse tråder det er tale om. For eksempel gjelder dette hvilken gruppe bevismiddel det er spørsmål om å innhente. Dette kan være muntlige utsagn fra nye vitner, tekniske bevis, dokumentbevis eller liknende. Videre omfatter det hvorvidt det dreier seg om sentrale bevis i saken eller ikke. Med «graden» siktes det til omfanget av løse tråder. Et interessant spørsmål er om det i det hele tatt er akseptabelt å operere med løse tråder i en straffesak. Dersom dette besvares bekræftende, oppstår spørsmålet om *i hvilken grad* løse tråder kan tillates, og betydningen av arten av de manglende bevis.

Målsettingen om en hurtig og billig prosess kunne tilsi at retten ikke plikter å opplyse saken ytterligere dersom det finnes løse tråder, uavhengig av om det er mulighet for at nye bevis får innvirkning på domsresultatet. Ordlyden «fullstendig opplyst» i strpl. § 294 og hensynet til et materielt riktig resultat taler på den andre siden mot å overhodet akseptere løse tråder. For tiltalte kan det oppleves som urettferdig om retten ikke innhenter nye bevis for å bekrefte hans uskyld i en sak hvor det mangler opplysninger. Samtidig kan det for fornærmede eller etterlatte virke som en stor urett at siktede frifinnes på grunn av beviskravet og bevisbyrden i stedet for at retten beslutter ytterligere bevisførsel for å oppklare sakens faktum fullstendig.

Med tanke på at det stilles krav om et «forsvarlig» faktisk avgjørelsesgrunnlag, taler gode grunner for at målestokken bør være at retten kun kan unnlate å undersøke nye bevis *i den grad det er forsvarlig*. Nærmere bestemt hvis det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt for at det manglende beviset kan ha betydning for resultatet i saken. Foreligger det derimot sannsynlighetsovervekt, plikter retten å undersøke ytterligere. I disse tilfeller kan retten hverken la tidsbruk eller kostnader være avgjørende og frifinne på grunn av at beviskravet ikke er oppfylt.

Som nevnt følger momentet implisitt av Høyesterettspraksis. Til illustrasjon er Rt. 2013 s. 905 og HR-2019-1967-A. I førstnevnte dom kom Høyesterett enstemmig til at retten hadde forsømt

sin plikt til å våke over at straffesaken var «fullstendig opplyst» etter strpl. § 294. Lagmannsretten hadde frifunnet to personer tiltalt for et omfattende forsikringsbedrageri uten å sørge for at de forhold som retten fant uklare, ble nærmere undersøkt.⁷⁷ De tiltalte hadde kjøpt en båt hvor det framgikk av salgsannonseren at båten hadde sunket etter at eieren hadde skåret over inntaksslagen til kjølevannet. Under slepet av båten fra Syd-Frankrike til Strømstad strømte det vann inn og fylte båten. Sleppe ble deretter kappet, og båten sank til bunns. Etter at båten ble hevet, tok påtalemyndigheten ut tiltale for forsikringsbedrageri. Grunnlaget var at de tiltalte selv hadde kappet over eksosrøret, og/eller åpnet bunnventilen i motorrommet og koblet av slangen fra motoren, samt åpnet vinduene i båten, i den hensikt å få utbetalt forsikringssummen på to millioner kroner. Opplysningene om eksosrøret kunne være et avgjørende moment i den samlede bevisvurderingen, og det var ingen positive holdepunkter for å anta at eksosrøret var kappet ved ankomst Strømstad, se avsnitt 45-50. Nærmere undersøkelse ville potensielt gitt svar på om det var de tiltalte eller noen andre som hadde kappet røret på båten. Retten pliktet derfor å innhente ytterligere bevis for å hindre et uriktig resultat. De tiltalte kunne av denne grunn ikke frifinnes før de løse trådene var oppklarte.

I HR-2019-1967-A var spørsmålet om lagmannsretten hadde forsømt sin plikt etter strpl. § 294 da den unnlot å sørge for at det ble innhentet slikt sakkyndigbevis som fire av meddommerne etterlyste. Tiltalte var frifunnet i lagmannsretten for overtredelse av strl. § 292, jf. § 291 for sovevoldtekt på et nachspiel. Sakkyndig ekspertise ville være et viktig - kanskje avgjørende - bevis med hensyn til flere sentrale spørsmål i saken. Høyesterett uttaler i avsnitt 32 at «spørsmålet om innhenting av ytterligere sakkyndigbevis burde ha vært vurdert på ny da det under den etterfølgende rådslagning viste seg at flere av rettens medlemmer anså ytterligere sakkyndigbevis som potensielt viktig for resultatet i saken». Dette ble tillagt stor vekt, og Høyesterett kom enstemmig til at lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å ikke innhente sakkyndigvurderingen.

I begge avgjørelsene fantes det løse tråder som Høyesterett uttaler at lagmannsretten skulle undersøkt nærmere. Dommene kan derfor tas til inntekt for at retten, dersom det finnes løse tråder som kan påvirke domsresultatet i den ene eller andre retning, plikter å innhente ytterligere bevis. Den kan ikke frifinne tiltalte ut fra at beviskravet ikke er oppfylt før saken er undersøkt nærmere. Et viktig poeng som er viet lite oppmerksomhet av lovgiver, domstolene og juridisk

⁷⁷ Se Rt. 2013 s. 905 avsnitt 64 flg. og avsnitt 72.

teori, er at retten sjelden på forhånd kan vite i hvilken retning bevisene vil trekke. En kan tenke seg en straffesak om kroppsskade etter strl. § 273. Spørsmålet for retten er om tiltalte er skyldig i å «[skade] en annens kropp eller helse» ved å ha sparket en fotball i ansiktet til fornærmede med den følge at han mistet tre tenner. De eneste som har avgitt forklaring for retten er tiltalte og fornærmede. Etter deres forklaringer, er det fortsatt uklart om tiltalte handlet forsettlig eller uaktsomt da han sparket ballen. Det finnes vitner som var til stede og så hendelsen, og som kunne bidra til opplyse saken, men disse har ikke blitt innkalt til å forklare seg. Med andre ord foreligger det løse tråder i saken. Uttaler retten seg her om vitneforklaringenes betydning for skyldspørsmålet i saken før de er innhentet, ville det være en forutinntatthet som kan svekke domstolens objektivitet og upartiskhet.

Hva gjelder *arten av løse tråder*, kunne det tenkes at rettens plikt var avhengig av hvor sentral de manglende bevisene måtte antas å være. Lovens ordlyd skiller imidlertid ikke mellom arten av de løse trådene. For retten vil det som nevnt ikke sjelden være vanskelig å ta stilling til betydningen av bevisene på forhånd. Dette taler for at arten av de løse trådene ikke kan ha stor betydning ved rettens beslutning om bevisførselen skal suppleres eller ikke.

5.3 Sakens omstendigheter med det generelle bevisbildet som utgangspunkt

Som det fremgår av Rt. 2008 s. 605, beror utstrekningen av rettens plikt etter strpl. § 294 på «sakens omstendigheter, med det generelle bevisbilde som utgangspunkt for vurderingen». Rettskildene utdyper ikke nærmere hva som ligger i dette. En naturlig forståelse er at det er den samlede mengden av bevis i saken som setter rammene for hvorvidt retten plikter å innhente nye opplysninger.

I Rt. 2013 s. 905 fremgår det av avsnitt 43 at «[d]et generelle bevisbildet vil [...] kunne få betydning for rettens opplysningsplikt selv om retten ikke har funnet de enkelte bevis klare nok til å kunne avsi fellende dom». En båt hadde sunket under transporten fra Syd-Frankrike til Strømstad. Påtalemyndigheten tok ut tiltale mot to personer for forsikringsbedrageri. Det ble anført at det var de tiltalte selv som hadde kappet av eksosrøret for å senke båten, i den hensikt å få utbetalt forsikringspremien. I avsnitt 45 uttaler førstvoterende at «dersom det må legges til grunn at eksosrøret var intakt da båten kom til Strømstad, kunne mye tale for at det var de tiltalte selv som hadde kappet røret for å lette senkingen. Dette ville kunne være et avgjørende moment i den samlede bevisvurderingen.» Videre fremgår det av avsnitt 46 at «[n]år retten skulle vurdere om saken var fullt opplyst, var det sentralt dels hvilke opplysninger man hadde

om selve eksosrøret, og dels hvilke opplysninger man for øvrig hadde av betydning for bevisvurderingen av om det forelå forsikringsbedrageri – kort sagt det totale bevisbildet».

Høyesterett kom frem til at det ikke forelå noen positive holdepunkter for å anta at eksosrøret var kappet ved ankomst Strømstad, jf. avsnitt 50. Spørsmålet ble derfor i hvilken grad det øvrige bevisbildet trakk i retning av forsikringsbedrageri. Det uttales i avsnitt 51 at «[j]o klarere et slikt bilde avtegner seg, jo mer skjerpes kravet til rettens kontroll med sakens opplysning når den likevel ikke finner grunnlag for å avsi fellende dom». Det øvrige bevisbildet, nærmere bestemt opplysninger som gjaldt bunnventilen og kjølevannsslangen ved båten samt hvorfor slepet ble gjennomført om natten, lå imidlertid slik an at dette peket i retning av forsikringsbedrageri, jf. avsnitt 51-63. Når det generelle bevisbildet var slik, ble det ansett for en forsømmelse av lagmannsrettens opplysningsplikt når den frifant de tiltalte. Begrunnelsen var at det ikke kunne utelukkes at noen andre hadde kappet røret før båten nådde Strømstad, se avsnitt 64.

Uttalelsene indikerer at rettens plikt avhenger av det generelle bevisbildet i saken. Jo klarere et bilde avtegner seg med betydning for resultatet i den ene eller andre retning, desto strengere blir rettens ansvar for å sørge for sakens opplysning. Retten kan ikke frifinne tiltalte fordi beviskravet ikke er oppfylt før den har undersøkt nærmere uavklarte forhold som kan påvirke skyldspørsmålet. En slik forståelse synes å være i samsvar med det overordnede vurderingstemaet etter strpl. § 294 om å sikre et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.

Det kan være greit å gjøre seg oppmerksom på at førstvoterende i Rt. 2013 s. 905 avsnitt 32 og Rt. 2008 s. 1350 avsnitt 16 tilføyer at det bør vises en viss forsiktighet med å sette en dom til side på grunnlag av svikt i sakens opplysning. Generelt sett må det antas at den rett som har behandlet saken, har den beste oversikt over bevissituasjonen og dermed det beste grunnlaget for å vurdere om saken er «fullstendig opplyst». Det bildet som lå til grunn for lagmannsrettens avgjørelse i Rt. 2013 s. 905 vil for eksempel ofte være vanskelig å gjenskape for Høyesterett ved anke over lagmannsrettens saksbehandling. Til tross for uttalelsene i rettspraksis, kan hensynet til fornærmede, tiltaltes rettssikkerhet og et materielt riktig resultat tilsi at retten likevel i mange tilfeller bør være kritisk til lagmannsrettens bedømmelse.

5.4 Om opplysningen antas å være til tiltaltes gunst

Som det fremgår av Rt. 2008 s. 605 avsnitt 14 er et annet sentralt vurderingsmoment om opplysningene «antas å være til tiltaltes gunst». Hva som nærmere ligger i begrepene «til skade

for tiltalte» og «til gunst for tiltalte» er uklart. Det er ikke inntatt noen legaldefinisjon i lovgivningen, og lovforarbeidene gir heller ingen avklaring. Rettspraksis benytter seg av uttrykkene gjennomgående, uten å gå inn på hva dette innebærer.⁷⁸ Idet litteraturen også er taus om forståelsen, legges det i det videre til grunn at et bevis vil være *til skade* for tiltalte når det taler i retning av straffedømmelse. Videre vil det kunne dreie seg om opplysninger som tilsier at mistenkte kan straffes etter et strengere straffebed enn påtalemyndigheten har nedlagt påstand om i tiltalebeslutningen. Et bevis vil motsetningsvis være *til gunst* for tiltalte når det taler i retning av frifinnelse eller nedsubsumering til et mildere straffebed enn etter tiltalen.

En interessant problemstilling i forlengelsen av momentet, er om det med hensyn til rettens plikt til å sørge for sakens opplysning i det hele tatt er adgang til å sondre mellom forhold som er til tiltaltes gunst og ugunst, og i så fall i hvilken utstrekning. Ordlyden i strpl. § 294 skiller ikke mellom plikten til å innhente bevis hverken til skade eller til gunst for mistenkte. Tvert imot tilsier «fullstendig opplyst» at rettens plikt til å undersøke saken strekker seg like langt i begge tilfeller. Det oppstilles ingen uttrykkelige begrensninger i denne plikten. Forarbeidene tar ikke stilling til spørsmålet, men det har vært oppe til vurdering for Høyesterett i blant annet Rt. 2013 s. 905 (Sunseeker). Lagmannsretten hadde frifunnet to personer som var tiltalte for et omfattende forsikringsbedrageri. Spørsmålet for Høyesterett var om retten hadde begått saksbehandlingsfeil etter strpl. § 294 da den ikke sørget for å innhente ytterligere opplysninger rundt hvordan skadene på båten de prøvde å få dekket gjennom forsikring, oppstod. I avsnitt 31 fremholdes det at:

«Det sentrale formålet med bestemmelsen er å forhindre uriktig domfellelse. Dette tilsier at det vil være en grunnleggende forskjell mellom rettens plikt til å sørge for sakens opplysning til gunst og til skade for tiltalte. Retten har således et særlig ansvar når det er tale om opplysning til tiltaltes gunst.»

Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1967-A gjaldt spørsmål om lagmannsretten hadde forsømt sin plikt etter strpl. § 294, ved å ikke å ha bedt påtalemyndigheten om å innhente sakkyndige vitner til å forklare seg om biologiske spor da den frifant tiltalte i en sak om sovevoldtekt. Fra aktors side ble det anført at det ikke kunne være grunnlag for en sontring mellom forhold til

⁷⁸ Se f. eks Rt. 2008 s. 605, Rt. 2013 s. 905 og HR-2019-1967-A.

tiltaltes gunst og skade, se avsnitt 25. Høyesterett avviser imidlertid anførselen under henvisning til sitatet ovenfor i Rt. 2013 s. 905.

Fra uttalelsene i rettspraksis kan det utledes at det er adgang til å sondre mellom bevis til tiltaltes gunst eller skade, likevel slik at rettens plikt til å opplyse saken går noe lengre til gunst enn til skade for tiltalte. I juridisk teori fremholder imidlertid Hov at «[n]år det gjelder rettens plikt til å sørge for at saken blir best mulig opplyst, er utgangspunktet at det ikke gjelder noe prinsipp om ubalanse til gunst for siktede. Retten skal også sørge for at det som taler til tiltaltes ugunst, kommer frem i saken. At retten skal la all rimelig tvil komme tiltalte til gode, gjelder bare etter at alle kort er lagt på bordet».⁷⁹ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det ikke kan sondres mellom bevis til skade og gunst for tiltalte.

Bjerke/Keiserud/Sæther tar på sin side til orde for at «[r]ettens plikt til å innhente bevis gjelder først og fremst *til siktedes gunst*», og viser til Rt. 1972 s. 1218, Rt. 1982 s. 1858 og Rt. 1989 s. 574 til støtte for sitt synspunkt.⁸⁰ Videre fremholdes det at «[p]rinsippet gjelder selv om det aktuelle bevis vil kunne bli *til tiltaltes skade*, jf. Rt. 1985 s. 9 og Rt. 1987 s. 266. Det kan også vises til § 38 første ledd i.f. Det er likevel slik at rettens plikt til å opplyse saken går noe lengre til gunst enn til skade, jf. Rt. 2008 s. 905 avsnitt 31, 33 og 39 og HR-2019-1967-A avsnitt 25 og 26.»⁸¹

Om betydningen av om opplysningen anses å være til gunst eller skade for tiltalte, følger det av Øyen at «[t]erskelen for at plikten inntre, er høyere hvis ytterligere bevisføring er til gunst for påtalemyndigheten. Hvor mye høyere terskelen er, avhenger av om påtalemyndigheten har hatt en oppfordring til å belyse det aktuelle bevistemmet ytterligere».⁸² Også Jahre tar for seg et skille i plikten, og mener det ikke bør være rettens oppgave å komme påtalemyndigheten til unnsetning dersom saken er for dårlig opplyst. Han stiller seg kritisk til at rettens plikt etter § 294 skal gjelde både til gunst og til skade for tiltalte, men konstaterer at slik er gjeldende rett.⁸³

Slik juridisk teori leser rettspraksis, med unntak av Hovs synspunkt, virker deres oppfatning av gjeldende rett å være at det er forskjeller i rettens plikt til bevisinnhenting, og at plikten strekker seg noe lenger ved opplysning av saken til tiltaltes gunst enn ugunst. Det kan imidlertid stilles

⁷⁹ Hov I (2010) s. 175.

⁸⁰ Bjerke/Keiserud/Sæther (2011) s. 1067.

⁸¹ Bjerke/Keiserud/Sæther (2011) s. 1068.

⁸² Øyen (2019) s. 375-376.

⁸³ Jahre (2019) s. 11.

spørsmål ved om det Høyesterett *uttaler* i de refererte dommene, er i overensstemmelse med det Høyesterett faktisk *gjør*, og hva som eventuelt må tillegges avgjørende vekt. I HR-2019-1967-A avsnitt 29 fremgår det at det ved lagmannsrettens vurdering av om det hadde funnet sted seksuell omgang, «hadde vært viktig – kanskje avgjørende – at de ikke hadde sakkyndig ekspertise å støtte seg til med hensyn til to sentrale spørsmål: Kunne funn av fornærmedes DNA i tiltaltes truse stamme fra annet enn et slikt forhold som tiltalen gjelder? Hvor lett skjer det smitte av biologisk materiale, og hvor sannsynlig er det at tiltalte hadde begått anal voldtekt uten at det fantes spor av hans DNA i eller rundt fornærmedes endetarmsåpning?»

Uttalelsen tyder på at hovedgrunnen til at Høyesterett mener nye bevis skulle vært innhentet, var usikkerheten rundt betydningen av de biologiske spor, og at en føring av sakkyndige kunne bidra til å belyse hvorvidt tiltalte var skyldig i det straffbare forholdet eller ikke. Kanskje var sannsynligheten til stede for at innhenting av sakkyndigvurderingen kunne tale i disfavør av tiltalte. Likevel virker det ikke som det Høyesterett *faktisk gjør* er å legge vekt på om opplysningene antas å være til tiltaltes gunst. Det avgjørende for konklusjonen om at det var begått saksbehandlingsfeil, synes å være at retten var uopplyst og usikker. Av denne grunn kunne ikke retten frifinne tiltalte ut fra det syn at påtalemyndigheten ikke oppfylte beviskravet og bevisbyrden.⁸⁴ Forstås dommen på denne måten, kunne det tilsi at gjeldende rett i realiteten er at det *ikke* kan sondres mellom bevis til gunst eller ugunst for siktede.

Skoghøy har blant annet tatt til orde for at en må legge til grunn som gjeldende rett det Høyesterett *gjør*, og ikke det den sier.⁸⁵ Det er dommens *ratio decidendi* (begrunnelsen for avgjørelsen) som anses bindende fastslått og vil ha prejudikatsvirkninger, og ikke generelle sidebemerkninger (*obiter dictum*).⁸⁶ Uttalelsene om betydningen av om opplysningen antas å være til gunst for tiltalte fremstår som et *obiter dictum*. En kan kanskje ikke se bort fra slike generelle betraktninger, men det svekker likevel normalt avgjørelsens prejudikatverdi.⁸⁷ Selve rettsanvendelsen i dommen gir uttrykk for at det ikke er av stor betydning for rettens saksopplysningsansvar hvorvidt bevisene er til siktedes gunst. Dette bør tillegges størst vekt.

⁸⁴ HR-2019-1967-A avsnitt 32 flg.

⁸⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017, s. 1056.

⁸⁶ Skoghøy (2018) s. 107.

⁸⁷ Skoghøy (2018) s. 108.

Dommen er enstemmig og av nyere alder, hvilket øker dens prejudikat.⁸⁸ Det er dermed ikke særlig godt rettskildemessig grunnlag for at utredningsplikten er større til gunst, enn til skade.

Ut fra det samlede rettskildebildet, kan en trekke den slutning at hva som er gjeldende rett kanskje ikke fremstår like klart som det juridisk teori gir uttrykk for. De synspunkter som fremheves har få holdepunkter i lovens ordlyd og forarbeider, og tar i liten grad hensyn til andre straffeprosessuelle grunnprinsipper. Klare uttalelser i avgjørelser om at bevisinnhenting skjer til gunst eller skade, kan sette rettens nøytralitet i fare. Selv om hensynet til tiltaltes rettssikkerhet kan tilsi at domstolen bør være noe mer tilbakeholden med å innhente nye opplysninger til ugunst, taler den materielle sannhets prinsipp med stor tyngde for at rettens plikt må strekke seg like langt ved innhenting av bevis både til gunst som til skade for siktede. En riktig domfellelse forutsetter innhenting av nye bevis som kan medføre at den mistenkte idømmes straff i stedet for å frifinnes.

Sannsynligvis vil det være vanskelig for retten å ta stilling til på forhånd hvordan nye bevis vil slå ut. Det gir fare for en forutinntatthet som kan være i strid med uskyldspresumsjonen dersom retten gir uttrykk for at den innhenter bevis til gunst eller skade. For eksempel vil det i straffesaker med spørsmål om tiltaltes tilregnelighet ofte ha stor betydning for resultatet at det innhentes en rettspsykiatrisk utredning. Det er sjelden mulig for retten å forutse om innhenting av slik sakkyndigvurdering vil tale i retning av at tiltalte er utilregnelig eller ikke. Eksempelet synliggjør at det ikke alltid er enkelt å si om det som måtte finnes, er til gunst eller skade. Selv om en slik praktisering nok er mulig, vil det utad kunne virke som domstolen ikke opptrer objektivt og nøytralt. Sett opp mot det overordnede vurderingstemaet, hvor det stilles krav om et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, vil en neppe kunne anse en sak forsvarlig opplyst uten å ha belyst alle sider av saken.

En eventuell motstrid mellom på den ene siden strpl. § 294 og på den andre siden rettspraksis og teori, bør løses ut fra alminnelige rettskildeprinsipper om rangforholdet (trinnhøyden) mellom rettsregler. Generelt utgjør lovteksten den høyeste rettskilden, og har større egenvekt enn avgjørelser fra Høyesterett og litteratur.⁸⁹ Lovteksten bør særlig tillegges størst vekt innenfor straffeprosessen, som ligger i kjerneområdet av legalitetsprinsippet i GrL. § 96. Ordlyden synes ikke å åpne for flere ulike tolkningsresultater. Dette bør gis forrang, med det

⁸⁸ Skoghøy (2018) s. 144 og 152.

⁸⁹ Skoghøy (2018) s. 263.

resultat at rettens plikt bør strekke seg like langt ved bevis til gunst som til skade for tiltalte. Trolig vil en i tillegg forebygge eller begrense omfanget av ankesaker. I det lange løp må dette ansees både effektivt og prosessøkonomisk.

5.5 Om opplysningene gjelder et viktig punkt i saken

Et annet moment i vurderingen er hvorvidt opplysningene gjelder et viktig punkt i saken, jf. Rt. 2008 s. 605 avsnitt 14. Rettskildene gir ingen utdypende forklaring på momentets nærmere innhold. Det er naturlig å forstå momentet slik at det er av betydning for rettens ansvar etter strpl. § 294 hvor sentralt det aktuelle bevistemaet er i saken. Nye bevis må antakelig regnes som viktige, så langt de kan bidra til å belyse uopplyste spørsmål det har vært lite fokus på under hovedforhandlingen i den ene eller andre retning.

I HR-2019-1967-A ble lagmannsrettens avgjørelse opphevet fordi det ikke var ført sakkyndige vitner i tilknytning til biologiske spor i en sak om sovevoldtekt. Sakkyndigforklaringene kunne bidratt til å opplyse usikkerheten rundt flere viktige spørsmål av betydning for skyldspørsmålet: Hvorvidt funn av fornærmedes DNA i tiltaltes truse kunne stamme fra annet enn et slikt forhold tiltalen gjaldt, hvor lett det skjer smitte av biologisk materiale, og hvor sannsynlig det er at tiltalte hadde begått anal voldtekt uten at det fantes spor av hans DNA i eller rundt fornærmedes endetarmsåpning. I avsnitt 34 uttales det at «det [dreier] seg om sentrale spørsmål i tiltalen, og retten hadde ikke mye annet bevismateriale å forholde seg til enn partenes forklaringer og de rettsmedisinske funn».

I Rt. 2013 s. 905 kom Høyesterett til at lagmannsretten ikke hadde oppfylt sin plikt etter strpl. § 294 da den frifant de tiltalte for forsikringsbedrageri, uten å sørge for at de forhold den fant uklare, ble nærmere undersøkt. Ett av momentene av betydning for Høyesteretts konklusjon, var om opplysningene gjaldt et viktig punkt i saken. Av avsnitt 71 fremgår det at:

«Et ytterligere moment er at saken i stor grad synes å ha vært konsentrert om hvorvidt bunnventilen var åpen eller lukket da båten ble sjøsatt i Strømstad. Dette var hovedfokuset i tingrettens dom. For lagmannsretten har i tillegg kjølevannsslangens beskaffenhet vært et sentralt tema. Det er verken i tingrettens eller lagmannsrettens dom spor av bevisføring omkring eksosrøret, noe som tyder på at det ikke har vært et sentralt tema. Jeg mener derfor at lagmannsretten i denne saken ikke hadde grunnlag for å slå seg til ro med at påtalemyndigheten ikke hadde foretatt undersøkelser av transporten av

båten fra Frankrike til Strømstad. Forholdene ligger i dette tilfellet annerledes an enn i Rt-1972-1218.»

Fra dommene kan det utledes at rettens plikt til å opplyse sakens faktum går noe lenger hvis det er tale om viktige spørsmål som er lite belyst, enn hvis det dreier seg om spørsmål det har vært omfattende bevisførsel om. Jo mer sentrale spørsmål det er tvil om i saken, desto strengere ansees rettens plikt. Momentet virker å være sentralt i vurderingen. Lar retten viktige punkter i saken stå åpent, øker risikoen for uriktige avgjørelser.

Et interessant spørsmål er hvor enkelt det er for retten på forhånd å ta stilling til om de nye opplysningene gjelder et sentralt tema i saken. I likhet med vurderingen av om et bevis er til gunst for tiltalte, kan det for retten være vanskelig å vite om et bevis vil bidra til å belyse et viktig punkt i saken eller ikke. Kravet til en «fullstendig» opplysning i strpl. § 294 tilsier at retten også bør opplyse saker hvor det i utgangspunktet dreier seg om spørsmål av mindre viktighet. På denne måten ivaretas hensynet til et materielt riktig resultat i enda større grad. En slik løsning kan samtidig medføre unødvendig bruk av tid og penger for å innhente opplysninger om faktum det er lite tvil om. Det sentrale bør derfor være om det er sannsynlighetsovervekt for at en har et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag uten å innhente beviset. Hvorvidt bevisene gjelder et viktig eller mindre viktig punkt i saken, bør gis begrenset vekt i vurderingen.

Analysen viser at det er nær sammenheng med momentet om arten og graden av løse tråder. Retten kan ikke unnlate å undersøke nærmere når det finnes viktige punkter i saken som er uopplyste, som det er sannsynlig at kan påvirke skyldspørsmålet.

5.6 Sakens art og alvorlighet

Et sentralt moment i vurderingen av rettens undersøkelsesplikt, er hvor alvorlig saken er. Rettskildene gir ingen klar eller entydig definisjon på hva som regnes som en alvorlig sak. Det må antas at dette gjelder saker hvor det er tatt ut tiltale for straffbare forhold med høy strafferamme, eller for straffbare handlinger av kroppslig karakter, typisk legemskrenkelser og sedelighetsforbrytelser. *Hvor* høy strafferamme, eller nøyaktig *hvilke* typer straffbare handlinger det er tale om, vil en finne svar på ved å undersøke rettspraksis nærmere.

I HR-2019-1967-A dreide det seg om en tiltale etter strl. § 292, jf. § 291 for voldtekt til samleie, som straffes med fengsel fra 3 inntil 15 år. I avsnitt 33 uttaler Høyesterett at «[h]er gjelder det

en tiltale for voldtekt, som er en alvorlig forbrytelse der også hensynet til offeret veier tungt. Sakens art tilsier således at vi befinner oss på et område der rettens plikt til å våke over sakens opplysning gjør seg særlig gjeldende – også når det gjelder bevisføring til skade for tiltalte». Videre følger det av avsnitt 35 at «[s]amlet sett ville dette [innhenting av sakkyndigvurdering] ha medført en viss forsinkelse av saken og noe økte kostnader. Sett hen til sakens alvorlige karakter ville det etter mitt syn imidlertid ikke ha innebåret noen uforholdsmessig innsats av tid, penger eller andre ressurser». På denne bakgrunn ble det konkludert med at lagmannsretten hadde forsømt sin plikt til å sørge for sakens opplysning etter strpl. § 294.

I Rt. 2013 s. 905 gjaldt tiltalen et omfattende forsikringsbedrageri etter dagjeldende strl. 1902 § 272 første ledd. Spørsmålet for Høyesterett var om retten hadde våket over at saken var «fullstendig opplyst» da den frifant de to tiltalte personene for å ha senket en båt, i den hensikt å få utbetalt forsikringssummen på to millioner kroner. I avsnitt 64 fremholdes det at «[d]ette [en nærmere undersøkelse av hva som hadde funnet sted under transporten av båten] ville nok ha medført en viss utsettelse av saken med etterfølgende reassumering. Men det er tale om en alvorlig straffetiltale, som ville kunne forsvare dette». Om betydningen av sakens alvorlighet hevdes det i juridisk teori av Andenæs/Myhrer at:

«Det finnes ikke noen avgjørelse av Høyesterett som gir uttrykk for at beviskravet kan variere med lovovertrædelsens art. Det kan likevel neppe være tvil om at det i praksis skjer en viss gradering av hva som betraktes som en «rimelig tvil». En dommer vil kreve en høyere grad av visshet for å domfelle for drap enn for trafikkforseelse. En slik praksis kan også ha gode grunner for seg. Når verken frihet eller ære står på spill, veier hensynet til å unngå uriktige domfellelser ikke fullt så tungt i forhold til ønsket om en effektiv rettshåndhevelse som ved alvorlige lovbrudd.»⁹⁰

Hov synes å innta samme synspunkt. Han fremhever at det «[a]t uskyldige ikke dømmes, er særlig viktig når det gjelder alvorlige straffereaksjoner – en ubegrunnet fartsbot er derimot egentlig ikke noen katastrofe».⁹¹

Fra uttalelsene i rettspraksis og juridisk teori kan det utledes at saker hvor hensynet til offeret veier tungt, eksempelvis forbrytelser mot det menneskelige legemet, anses mer alvorlige enn

⁹⁰ Andenæs/Myhrer (2009) s. 161.

⁹¹ Hov I (2010) s. 139.

andre typer saker hvor belastningen for fornærmede eller etterlatte ikke er betydelig. Domfellelse for drap etter straffeloven § 275 har en strafferamme fra 8 inntil 21 år fengsel, mens tyveri etter strl. § 321 straffes med bot eller fengsel inntil 2 år. Dette viser at forskjellen på alvorligheten av den straffbare handlingen ofte gjenspeiles i straffebudets strafferamme. Høyesterett synes å tillegge momentet om sakens art og alvorlighet stor vekt, ettersom det i dommene ikke var avgjørende at innhenting av ytterligere bevis ville medføre en utsettelse av saken med økte kostnader. Som det fremgår av HR-2019-1967-A avsnitt 33, er rettens plikt strengere desto mer alvorlig saken er, uavhengig av om beviset antas å være til gunst eller skade for tiltalte. Det kan trekkes den slutning at hensynet til et materielt riktig resultat trumfer hensynet til effektivitet og prosessøkonomi når det dreier seg om alvorlige saker. I mindre alvorlige saker synes det å legges større vekt på ressurshensyn.

En skjerping av rettens plikt til å sørge for sakens opplysning i mer alvorlige saker kan virke naturlig. En feilaktig domfellelse på grunn av et for dårlig faktisk avgjørelsesgrunnlag må anees mer belastende for både den tiltalte og den fornærmede. Det kan imidlertid være betenkelig å operere med en strengere plikt ut fra sakens alvor. Det kan gi inntrykk av at det er viktigere å komme til et riktig resultat i alvorlige saker enn mindre alvorlige saker. Lovens ordlyd skiller ikke mellom sakens alvor hva gjelder rettens plikt til å sørge for en forsvarlig saksopplysning og et riktig resultat. Dette indikerer at alle saker skal være materielt riktige uavhengig av hvilken type straffebud det er tatt ut tiltale for. Videre har Høyesterett kun benyttet seg av argumentet i alvorlige saker. De har ikke uttalt at utredningen er mindre viktig i saker av liten alvorlighetsgrad. Momentet undergraver på mange måter at materielt riktige avgjørelser er bærebjelken i straffeprosessen. Det må anees like viktig at en mindre alvorlig sak får et riktig resultat. En domfellelse er belastende for tiltalte uansett om han dømmes for et mindre bedrageri eller for seksuallovbrudd. Retten bør derfor ha et like strengt ansvar for opplysningen i begge saker. Når ikke rettsreglene åpner for et slikt skille, kan det heller ikke lempes på kravet til sakens opplysning kun fordi det ikke er en alvorlig straffetiltale.

5.7 Betydningen av aktors opptreden

Betydningen av aktors opptreden under hovedforhandlingen nevnes også som et sentralt moment, jf. Rt. 2008 s. 605. Heller ikke dette momentet utdypes i rettskildene. En kan likevel anta at det er av betydning for rettens ansvar hvorvidt aktor kan kritiseres for ikke å ha tatt opp spørsmålet om supplerende bevisførsel i underinstansene. Må aktor under hovedforhandlingen antas å ha opptrådt på en måte som gir inntrykk av at alle bevis er fremskaffet, plikter ikke

retten å opplyse saken ytterligere. I Rt. 1972 s. 1218 på side 1219 fant førstvoterende med støtte fra tre av de øvrige fire dommere at:

«Jeg kan ikke se at retten har gjort noen feil ved ikke å søke bedre belyst grunnlaget for det faktum retten her har basert seg på. Påtalemyndigheten møtte under hovedforhandlingen, og den nærmeste opplysningskilde, tiltalte selv, ble avhørt. Når påtalemyndigheten da uten selv uten å begjære utsettelse innlot saken med påstand om fellende dom, må retten kunne gå ut fra at den har fått seg forelagt det materiale påtalemyndigheten mener den kan og bør skaffe til veie som bevis i saken. Påtalemyndigheten var kjent med hva tiltalte anførte til sin frifinnelse og hva retten følgelig måtte bygge på hvis den fant at påtalemyndighetens bevisføring ikke var holdbar. Det er da ingen feil at retten uten videre frifinner når den anser påtalemyndighetens beviser for utilstrekkelige til fellelse.»

Samme resonnement er lagt til grunn i Rt. 1982 s. 1858, Rt. 2013 s. 905 og HR-2019-1967-A. I Rt. 2013 s. 905 avsnitt 39 og HR-2019-1967-A avsnitt 26, uttaler førstvoterende at «selv om retten normalt må kunne basere seg på det som aktor har lagt fram, kan saken likevel få en slik vending at retten plikter å sørge for supplerende bevisføring før det kan avsies frifinnende dom. Denne plikten kan også inntre selv om partene har vært enige om at supplerende bevisføring ikke har vært nødvendig, jf. Rt-1968-959 på side 972.»

Avgjørelsene tilsier at domstolen normalt må kunne basere seg på de bevis aktor har ført, så langt det ut fra sakens anliggender er grunnlag for å tolke aktors opptreden slik at de opplysninger som er mulig å skaffe til veie, har blitt fremlagt. Det kan utledes at rettens plikt til å beslutte ytterligere bevisførsel av eget tiltak, skal være forbeholdt unntakstilfellene. En slik regel kan begrunnes i prosessøkonomiske hensyn. Har påtalemyndigheten ført bevis både for siktedes gunst og skade, i tillegg til at tiltaltes rettigheter er ivaretatt gjennom forsvarer, skal det mer til for at rettens selvstendige plikt til å supplere bevisføringen utløses. Rettens plikt bør i stedet for begrenses til de situasjoner hvor partene kan bebreides for ikke å ha begjært ytterligere opplysning tidligere.

Samtidig kan det utledes fra rettspraksis at rettens plikt gjelder uavhengig av hva partene måtte mene om behovet for ytterligere bevisførsel. Retten kan ikke frifinne tiltalte basert på at det aktor har lagt fram ikke oppfyller beviskravet, hvis det finnes løse tråder i saken som kunne vært undersøkt nærmere for å oppnå et materielt riktig resultat. For fornærmede er det urimelig

om aktor begår en feil ved å ikke presentere et bevis eller undersøke nærmere, og dette fører til frifinnelse. I motsatt fall risikerer man en uforsvarlig saksutredning. En slik løsning kan ikke forenes med lovens ordlyd i strpl. § 294 om en «fullstendig» opplysning. Av disse årsaker bør betydningen av aktors opptreden gis begrenset vekt.

5.8 Forholdsmessig bruk av tid, penger og andre ressurser

Som det fremgår av Rt. 2008 s. 605 avsnitt 14 om den generelle forståelse av strpl. § 294, er det også av betydning «om de aktuelle bevis kan fremskaffes ved rimelig innsats av tid, penger og andre ressurser i forhold til hva man kan regne med kan oppnås». Formuleringen «i forhold til hva man kan regne med kan oppnås» taler for at det kun er aktuelt å bruke hensynet til tid, penger og andre ressurser når det er mer usannsynlig enn sannsynlig at det finnes bevis av betydning for skyldspørsmålet. En slik forståelse er i samsvar med formålet bak strpl. § 294 om et materielt riktig resultat og at saken skal være forsvarlig opplyst. Kan retten velge å ikke undersøke en sak hvor det kan finnes løse tråder, ville det øke risikoen for uriktige domfellelser. I det følgende skal forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori undersøkes, med det formål å identifisere det nærmere innholdet i momentet.

I NUT 1969: 3 s. 304 uttales det at «[å]stedsbefaring kan ofte ha stor betydning, f.eks. i trafikk saker, men den er tidkrevende og undertiden kostbar. Utkastet legger det derfor i rettens hånd å bestemme om den skal foreta åstedsbefaring. Ved vurderingen herav må den ta hensyn til betydningen av åstedsbefaringen, sakens alvor, omkostninger og tidstap ved befaringen». Selv om uttalelsen konkret gjelder opplysning av saken i form av åstedsbefaring, gir den inntrykk av at effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn må veies opp mot andre momenter ved spørsmål om rettens ansvar etter § 294, eksempelvis arten og graden av løse tråder eller sakens art og alvorlighet.

Dommen i Rt. 2009 s. 801 gjaldt en helikopterulykke hvor en person var drept og en annen ble skadd. Et spørsmål var om lagmannsretten begikk saksbehandlingsfeil ved ikke å utsette saken i påvente av havarikommisjonens uttalelse slik at saken kunne bli forsvarlig opplyst, jf. strpl. § 294. Høyesterett uttaler i avsnitt 31 at «det ikke [var] uforsvarlig av hensyn til sakens opplysning å gjennomføre hovedforhandling på dette tidspunkt uten ytterligere utsettelse. Det er i den forbindelse av betydning at det – gjennom tidligere kontakt med havarikommisjonen – var avklart at ulykken ikke skyldtes teknisk svikt ved helikopteret». Videre fremgår det av avsnitt 32 følgende:

«I mars 2008 var det gått henimot tre år etter ulykken, og når havarikommisjonens rapport ville foreligge, var fremdeles i det blå. Selv om tiltalte skulle ha en interesse i ytterligere utsettelse, tilsier tungtveiende hensyn at man ikke ventet lenger. Sterke offentlige hensyn taler for at iretteføringen av straffesaker ikke trekker ut, av hensyn til straffens formål og fordi straffesaker ofte er avhengig av bevis som svekkes ettersom tiden går. Også hensynet til fornærmede og etterlatte har betydelig vekt.»

Som det fremgår, hadde det her gått tre år siden ulykken. Det aktuelle beviset det var spørsmål om å innhente - havarikommisjonens rapport - hadde ikke stor betydning for resultatet i saken. Det var allerede avklart at ulykken ikke skyldtes teknisk svikt ved helikopteret. I tillegg var det uvisst når rapporten skulle foreligge, som gjorde det vanskelig å vite hvor lang utsettelse av saken det var tale om. Høyesterett mente derfor at effektivitets- og ressurs hensyn tilsa at lagmannsretten ikke pliktet å opplyse saken ytterligere. Det må antas at resultatet for Høyesterett hadde vært motsatt dersom det var sannsynlig at de nye bevisene kunne påvirke skyldspørsmålet i den ene eller andre retning. I denne saken forelå det derimot ingen løse tråder. Det var ingen fare for at faktum ble uforsvarlig opplyst da retten ikke undersøkte havarikommisjonens rapport nærmere.

I Rt. 2013 s. 905 uttaler Høyesterett i avsnitt 64 at det nok ville «ha medført en viss utsettelse av saken med etterfølgende reassumering», dersom en undersøkelse av hva som hadde funnet sted under transporten fra Syd-Frankrike til Norge av en båt som hadde sunket, skulle innhentes for å ta stilling til om de tiltalte var skyldig i forsikringsbedrageri. Videre uttales det imidlertid at «[d]et er tale om en alvorlig straffetiltale, som ville kunne forsvare dette». Høyesterett konkluderte med at lagmannsretten ikke hadde oppfylt sin plikt etter strpl. § 294 når den frifant de tiltalte uten å sørge for at de uklare forholdene i saken, ble nærmere undersøkt. Til forskjell fra Rt. 2009 s. 801, forelå det her uavklarte spørsmål av betydning for skyldspørsmålet i saken. Av denne grunn kunne ikke retten frifinne de tiltalte før de løse trådene var undersøkt.

Det samme må antas å ligge til grunn for Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1967-A. Det var uklarheter om betydningen av de biologiske sporene i saken ved spørsmålet om tiltalte var skyldig i å ha begått sovevoldtekt. Det følger av avsnitt 35 at «[s]kulle saken opplyses bedre ville det ha vært nødvendig å forelegge spørsmålene for sakkyndige og få deres skriftlige uttalelse og – antagelig – en muntlig redegjørelse for retten, jf. straffeprosessloven § 143. Dette ville ha forutsatt en etterfølgende reassumering av ankeforhandlingen. Samlet sett ville dette ha medført en viss forsinkelse av saken og noe økte kostnader. Sett hen til sakens alvorlige

karakter ville det etter mitt syn imidlertid ikke ha innebåret noen uforholdsmessig innsats av tid, penger eller andre ressurser».

Samlet sett kan det utledes fra rettspraksis at hensynet til tid, penger og andre ressurser ikke kan være avgjørende hvis det finnes uklartheter eller tvil om faktum som vil kunne påvirke resultatet i saken. Sakens alvorlige karakter trekkes frem som et viktig argument for at ytterligere bevisførsel ikke vil innebære noen uforholdsmessig ressursbruk. Andenæs/Myhrer fremholder om dette at man «[v]ed avveiningen av de forskjellige hensyn [betryggende, hurtig og økonomisk] må ta sakens art i betraktning. I de alvorlige straffesakene er det grundigheten som kommer i første rekke, hurtigheten i annen og de økonomiske hensyn i tredje rekke. Med småsakene er dette annerledes. Der er ikke rimelig å bruke like mye tid og penger på en sak om en trafikkforseelse som på en sak om drap eller voldtekt. Det er likevel slik at reglene i straffeprosessloven i forholdsvis liten grad varierer med sakens alvorlighet». ⁹² Samme synspunkt inntas av Hov.⁹³

En ser at juridisk teori veier momentet om tid, penger og andre ressurser opp mot andre momenter. De synspunkter som fremheves har imidlertid liten forankring i lovens ordlyd eller formålet bak regelen. Hensynet til å unngå uriktige avgjørelser tilsier at ressurs hensyn ikke kan være avgjørende for undersøkelsesplikten hvis det finnes løse tråder. Heller ikke når det dreier seg om en mindre alvorlig sak eller opplysning til skade for tiltalte. I tråd med beviskravet for forsvarlighetskravet, bør hovedregelen være at retten kun i situasjoner hvor det foreligger sannsynlighetsovervekt for at løse tråder vil ha betydning for skyldspørsmålet i den ene eller andre retningen, kan velge å ikke undersøke nærmere før den frifinner tiltalte.

5.9 Hensynet til fornærmede og etterlatte

Enda et moment som trekkes frem i rettspraksis er at «hensynet til fornærmede og etterlatte har betydelig vekt». Til illustrasjon er Rt. 2009 s. 801 avsnitt 32. Ettersom straffeprosessens målsetting er å realisere straffansvaret, er det viktig å ta hensyn også til de som blir utsatt for straffbare handlinger eller etterlatte.⁹⁴ Spørsmålet om *på hvilken måte* fornærmede og etterlatte skal tas hensyn til, er det ikke tatt stilling til i rettspraksis. Det er likevel naturlig å forstå dette slik at det må legges til rette for at behandlingstiden hos domstolene kortes ned for å begrense

⁹² Andenæs/Myhrer (2009) s. 3.

⁹³ Hov I (2010) s. 139.

⁹⁴ Fredriksen (2018) s. 21.

den belastningen som selve tidsforløpet representerer. Videre må det antas at hensynet til fornærmede og etterlatte i større grad tas i betraktning hvis rettens ansvar for sakens opplysning etter strpl. § 294 gjelder i like stor grad for innhenting av bevis til skade for tiltalte som til gunst. For fornærmede er det nødvendigvis ikke i dens interesse å komme til et riktig resultat, en kan anta at det ofte er viktigere å få den tiltalte dømt for handlingen.

Dommen i HR-2019-1967-A gjaldt tiltale for voldtekt. Det uttales i avsnitt 33 at dette er «en alvorlig forbrytelse der også hensynet til offeret veier tungt». I teorien fremholder imidlertid Fredriksen at «[d]et er ingen tvil om at det strenge beviskravet til bevis i straffesaker i noen tilfeller fører til at en person som den fornærmede vet er skyldig, faktisk vil gå fri. Dette vil selvfølgelig oppleves som meget vanskelig for den fornærmede, som ofte vil bli sittende igjen med et inntrykk av ikke å ha blitt trodd av politiet, påtalemyndigheten eller retten. Også dette er en pris som nødvendigvis må betales for å unngå det enda mer alvorlige: at uskyldige blir straffet».⁹⁵

Uttalelsene tilsier at jo mer alvorlig saken er, desto større vekt skal hensynet til fornærmede tillegges. Betydningen av sakens art og alvorlighet er drøftet ovenfor i punkt 5.6, og de samme poenger vil gjøre seg gjeldende her. Selv om rettspraksis gir inntrykk av at hensynet må tillegges «betydelig vekt», kan det ikke nødvendigvis tillegges så stor vekt at det går på bekostning av andre viktige hensyn i straffeprosessen. Hensynet til et materielt riktig resultat bør være det avgjørende for rettens plikt etter § 294.

5.10 Oppsummering

En analyse av rettskildebildet viser at momentene utviklet i rettspraksis og juridisk teori ikke samsvarer fullstendig med prinsippet om den materielle sannhet. Det er ikke tatt hensyn til at rettens ansvar for «sakens opplysning» ikke nødvendigvis er sammenfallende med å undersøke om beviskravet er innfridd. Retten kan ikke alltid frifinne tiltalte når beviskravet ikke er oppfylt. Rettskildene stiller seg gjennomgående ukritisk til momentene, med den følge at risikoen for uriktige avgjørelser øker. Ved sannsynlighetsovervekt for løse tråder, fremstår det som unyansert å legge til grunn slik det gjøres i teorien, at ressurser og effektivitet kan lede til at det likevel ikke gjøres undersøkelser. Særlig gjelder dette i de tilfeller hvor det allerede før innhenting av bevis er mye som taler for at det man finner, er til tiltaltes gunst. Det er i liten

⁹⁵ Fredriksen (2018) s. 21.

grad tatt i betraktning at det ikke sjelden er vanskelig for dommeren å vite hvordan det aktuelle beviset vil slå ut.

Til tross for at det dreier seg om en lang prejudikatsrekke for hva som er de sentrale momenter i vurderingen, mangler flere av momentene forankring i lovens ordlyd og forarbeider. Det sentrale ifølge ordlyden i strpl. § 294 er ikke hvorvidt beviskravet er oppfylt, hvor alvorlig saken er eller om beviset antas å være til tiltaltes gunst. Det er derimot at domstolen skal være godt nok opplyst til å kjenne faktum i saken og treffe en materielt riktig avgjørelse. Følgelig kan ikke retten, dersom det finnes løse tråder om sakens faktum, frifinne tiltalte på grunn av beviskravet og bevisbyrden før den har undersøkt nærmere.

6 Virkningen av saksbehandlingsfeil

Har ikke retten sørget for sakens fulle opplysning etter strpl. § 294, blir det neste spørsmålet hvilken virkning dette får for domsavgjørelsen. Ifølge strpl. § 343 første ledd kommer «[f]eil ved saksbehandlingen» bare i betraktning når det «antas at feilen har innvirket på dommens innhold». Er innvirkningskravet oppfylt, medfører det opphevelse av dommen, se f. eks. Rt. 1991 s. 1529 (kjm.utv.) og Rt. 2005 s. 907 avsnitt 43.

Paragrafen opplyser ikke om hvilke forsømmelser som utgjør «feil ved saksbehandlingen». Det må derfor bero på tolkningen av de enkelte bestemmelser i straffeprosessloven. Plasseringen av strpl. § 294 i lovens femte del med tittelen «[s]aksbehandlings enkelte ledd», tilsier at bestemmelsen utgjør en saksbehandlingsregel. Følgelig er det naturlig å betegne det som en saksbehandlingsfeil når retten forsømmer sin plikt etter § 294. Saksbehandlingsfeil fører imidlertid kun til opphevelse av dommen «når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold», jf. § 343 første ledd. Ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig for opphevelse at feilen *kan* ha innvirket på sakens utfall, men gir ingen svar på hvilken sannsynlighetsgrad som kreves.

I tilknytning til terskelen for innvirkning er det interessant å drøfte følgende spørsmål: For det første betydningen av om feilen har virket til gunst eller skade for tiltalte. For det andre betydningen av aktors opptreden. Hverken ordlyden eller lovforarbeidene skiller mellom frifinnende og fellende dommer. I kjennelsen i Rt. 2005 s. 907 avsnitt 44 uttaler Høyesterett om innvirkningskravet at:

«For at en fellende dom skal oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, er det etter sikker rettspraksis tilstrekkelig at det foreligger en rimelig mulighet for at feilen har hatt

betydning. Dersom dommen er frifinnende, og feilen er av en slik karakter at påtalemyndigheten burde ha tatt spørsmålet opp under hovedforhandlingen, bør det imidlertid etter min mening stilles krav om en noe større grad av sannsynlighet for at feilen kan ha virket inn.»

Uttalelsen tilsier at det ved avgjørelsen av hvor stor sannsynlighetsgrad som kreves for at feilen kan ha innvirket, må skilles mellom frifinnende og fellende dommer. Det må legges til grunn at det skal mer til for å oppheve en frifinnende dom enn ved opphevelse av en fellende dom. Synspunktet må ses i sammenheng med at det vil være til skade for tiltalte å oppheve en frifinnende dom. Til støtte for en slik differensiering viser Høyesterett i sitt premiss til Rt. 1972 s. 1218 på side 1219, Rt. 1982 s. 1858, Rt. 1984 s. 462 på side 464 og Rt. 1987 s. 266. Selv om de nevnte avgjørelsene gir uttrykk for gjeldende rett, kan det stilles spørsmål ved om det utgjør en god løsning å operere med slike nyanser i innvirkningskravet.

Jahre har om dette tatt til orde for at det «[i] begge tilfeller dreier seg om saksbehandlingsfeil begått av retten, ordlyden i § 343 skiller ikke mellom fellende og frifinnende dommer, og det er ikke uten videre innlysende at muligheten til å få dommen opphevet og saken behandlet på nytt skal være snevrere for påtalemyndigheten enn for domfelte. På den annen side er det selvsagt slik at det er mye verre hvis en uriktig domfellelse blir stående enn en uriktig frifinnelse. Slik sett er det kanskje greit fra et samfunnsmessig ståsted at saken ikke går (enda) flere runder i rettsapparatet. Imidlertid har mange straffesaker også en eller flere fornærmede som det bør tas hensyn til. En uriktig frifinnelse i en voldtektssak rammer således også offeret, ikke bare påtalemyndigheten. Herunder kan frifinnelsen for straffekravet få konsekvenser for fornærmedes sivile krav (erstatning og oppreisning)».⁹⁶ Det synspunkt som her er fremhevet, er i samsvar med hensynet til at flest mulig avgjørelser skal være materielt riktige.

Hva gjelder spørsmålet om betydningen av aktors opptreden, uttaler Høyesterett i Rt. 2005 s. 907 avsnitt 44 at det «i tilfeller hvor påtalemyndigheten burde ha tatt spørsmålet opp under hovedforhandlingen, [bør] stilles som vilkår for å oppheve en frifinnende dom på grunn av saksbehandlingsfeil, at det foreligger bortimot sannsynlighetsovervekt for at feilen har hatt betydning». Hverken ordlyden eller forarbeidene kan tas til inntekt for en slik tolkning. Jahre bemerker blant annet at «det ikke smaker helt godt hvis fornærmedes rettsvern svekkes som

⁹⁶ Jahre (2019) s. 11.

følge av forhold på aktors side. Således har staten en plikt til å sikre borgerne et effektivt rettighetsvern også ved krenkelser for private, jf. EMK artikkel 1, Grunnloven § 92, Rt-2013-588 og [HR-2017-1769-U]». ⁹⁷ Rettspraksis gir likevel uttrykk for gjeldende rett, som er foreslått videreført av Straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24 på side 435. I og med at gode grunner taler for at regelen bør utformes annerledes, viser dette at spørsmålet bør vurderes på nytt ved arbeidet med ny straffeprosesslov.

7 Bemerkninger *de lege ferenda*

7.1 Innledning

Avhandlingens redegjørelser har vist at de momenter som rettspraksis og teori har fremhevet som sentrale for vurderingen etter strpl. § 294, i liten grad harmonerer med formålet bak bestemmelsen om å oppnå materielt riktige avgjørelser. Etter en grundig gjennomgang av rettskildebildet har det kommet frem at gjeldende rett på flere steder ikke er hensiktsmessig utformet. Særlig gjelder dette regelen om at rettens plikt går lenger ved innhenting av nye bevis til tiltaltes gunst, enn til skade. Følgelig skal det knyttes noen bemerkninger *de lege ferenda* til hva som vil kunne utgjøre en god regel for å unngå en fortsatt problematisk rettstilstand. Er det mulig å oppnå en prosessordning som er betryggende og hensynsfull, men samtidig kostnadsbesparende og hurtig?

Som innspill til hvordan regelen i norsk rett bør være, skal det først foretas en sammenligning med dansk og svensk rett. Deretter skal de viktigste endringsforslagene i NOU 2016: 24 som berører forholdet mellom rettens og påtalemyndighetens ansvar for saksopplysningen presenteres og vurderes nærmere. Funnene fra analysene vil tjene som bidrag til den rettspolitiske vurderingen.

7.2 Dansk og svensk rett

Etter *dansk rett* kan domstolen, hvis den finner det «nødvendigt for sagens fuldstændige oplysning», beslutte ytterligere bevisførsel, selv om partene ikke er interessert i dette, jf. Lov om rettens pleje (retsplejeloven) § 874, stk. 3. Videre kan retten for øvrig alltid «udsætte sagen med henblik på at føre bevis, som ikke er til stede, når retten finder, at bevisførselen er ønskelig for sagens oplysning», jf. § 874, stk. 2. Loven bruker begrepet «kan», til forskjell fra «skal» i

⁹⁷ Jahre (2019) s. 11.

norsk rett. Lovteksten tilsier at danske domstoler kun har en rett, og ikke en plikt, til å sørge for sakens opplysning.

Smith mfl. fremholder at regelen benyttes sjelden. Retten vil normalt benytte den i tiltaltes interesse, idet den ikke har noen forpliktelse til å hjelpe anklagemyndigheten med å løfte deres bevisbyrde.⁹⁸ Videre fremgår det at denne oppfatningen kan synes å stride med den materielle sannhets prinsipp, men har sammenheng med at dommeren skal fremstå som upartisk overfor tiltalte, og av hensyn til «favor defensionis»-prinsippet.⁹⁹ Videre er det i likhet med norsk rett, påtalemyndigheten som har bevisbyrden og som må oppfylle beviskravet.¹⁰⁰ Derav kan det ikke være «partene», men påtalemyndigheten, som har hovedansvaret for bevisførselen. Ut over dette er lovbestemmelsens innhold gitt lite oppmerksomhet i danske lovforarbeider, rettspraksis og teori.

Dansk rett virker å ha en tilsynelatende mer partsinnrettet prosess enn i norsk rett, hvor det ikke synes å være noen klar sammenheng mellom utredningskravet og beviskravet i straffesaker, jf. bl.a. HR-2019-1967-A. Det danske systemet likner mer på lovforslagene i NOU 2016: 24, som skal analyseres nærmere nedenfor i kapittel 7.3. Gjennomgangen viser at spørsmålet om rettens ansvar i prinsippet kan reguleres svært forskjellig. Den danske løsningen er imidlertid vanskelig å forene med prinsippet om at materiell sannhet er en bærebjelke i straffeprosessen, og bør av disse grunner ikke transplanteres til norsk rett.

I *svensk lovgivning* er utgangspunktet ifølge rättegångsbalken (RB 1942:740) 6 kap. 35 § at det tilligger «partena att svara för bevisningen» i saken. Retten har mulighet til å innhente bevis i straffesaker «som hör under allmänt åtal». Det følger videre av RB 4 kap. 46 § andre ledd at retten «skall också se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs».

Begrepet «partena» kunne forstås slik at også forsvarer har et ansvar for utredningen. Imidlertid er det, i likhet med norsk rett, påtalemyndigheten som har hele bevisbyrden. Av denne grunn må det også i svensk rett være påtalemyndigheten som har hovedansvaret for utredningen.¹⁰¹

⁹⁸ Eva Smith, Jørgen Jochimsen, Michael Kistrup mfl., *Straffeprosessen*, 2. utgave, Forlaget Thompsen, København 2008, s. 28-29.

⁹⁹ Smith mfl. (2008) s. 26 og 28-29.

¹⁰⁰ Smith mfl. (2008) s. 598.

¹⁰¹ I samme retning se blant annet Lindell/Eklund/Asp mfl. (2005) s. 420, Schelin (2007) s. 55 og 68.

Begrepet «se till» gir uttrykk for at selv om hovedansvaret for sakens opplysning ligger hos partene, så har domstolen et annenhånds ansvar for at kravene til utredningen oppfylles. Dette er både en rett og en plikt, jf. uttrykket «skall». Regelen begrunnes i hensynet til at den svenske straffeprosessretten hviler på en akkusatorisk, og ikke en inkvisitorisk prosess, samt at påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt etter RB 23:4.¹⁰² Samtidig øker sannsynligheten for et materielt riktig resultat, hvilket er en sentral målsetting også i svensk rett.¹⁰³ Av Lindell/Eklund/Asp mfl. fremholdes det imidlertid at retten skal benyttes som en siste utvei.¹⁰⁴

I NJA 1986 s. 821 skiller Högsta domstolen mellom et kvalitativt og et kvantitativt krav til bevisbedømmelsen. Utredningskravet beskrives som et krav til utredningens kvantitet, mens beviskravet betegnes som det kvalitative kravet. Også Diesen legger til grunn et slikt skille, og utdyper at beviskravet er konstant, mens utredningskravet varier.¹⁰⁵ Han hevder videre at synsvinkelen for påtalemyndigheten og domstolen er forskjellig. Påtalemyndigheten måler sitt behov for utredning opp mot beviskravet, mens retten bedømmer behovet i relasjon til sitt ansvar for at avgjørelsen skal hvile på et riktig faktum, uavhengig av om resultatet blir frifinnelse eller fellende dom.¹⁰⁶ Dette viser at domstolens utredningsplikt ikke nødvendigvis er det samme som å vurdere om påtalemyndigheten har oppfylt beviskravet. Det som her fremkommer, er ikke uttrykkelig fremhevet i norsk straffeprosess, og er oversatt av straffeprosessutvalget. Poenget i svensk rett sikrer materiell sannhet og bør tas i betraktning ved en eventuell presisering av strpl. § 294.

Lindell, Schelin og Diesen oppstiller et krav om «utredningens robusthet». Utredningen er robust når det ikke finnes bevis som kan påvirke sakens resultat i noen retning.¹⁰⁷ Er kravet oppfylt, plikter ikke retten å iverksette ytterligere bevisførsel. Først da kan det tillates å gå i gang med bevisvurderingen. En slik regel virker hensiktsmessig for å fremme materiell sannhet. Den har likhetstrekk med det som er påpekt tidligere i punkt 4.3 om at retten bør ha en plikt til å undersøke når det foreligger sannsynlighetsovervekt for at nye bevis kan påvirke skyldspørsmålet i den ene eller andre retning.

¹⁰² Diesen (1994) s. 263.

¹⁰³ Lindell/Eklund/Asp mfl. (2005) s. 21-22.

¹⁰⁴ Lindell/Eklund/Asp mfl. (2008) s. 26 og Schelin (2007) s. 67.

¹⁰⁵ Diesen (1994) s. 110.

¹⁰⁶ Diesen (1994) s. 265.

¹⁰⁷ Lindell (1987) s. 347, Schelin (2007)s. 67 flg., Diesen (1994) s. 100.

Hva gjelder spørsmålet om *utredningens omfang* i svensk rett, gir SOU 1938: 44 s. 380 og Högsta domstolen i NJA 1990 s. 555 uttrykk for at kravet varierer med hensyn til sakens grovhet og tiltaltes innrømmelser.¹⁰⁸ Diesen og Lindell tar også til orde for at utredningsbehovet varierer fra sak til sak. Ved f. eks. spørsmål om bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler eller mindre straffesaker kreves kun en «knapp utredning», mens vanlige straffesaker krever «normal utredning». En «fullstendig utredning» kreves ved grove straffesaker og visse erstatningssaker.¹⁰⁹ I Prop. 1986/87:89 s. 109 flg. uttales det at det er mindre betenkelig å drive prosessledelse til fordel for siktede enn til skade. Diesen mener om dette at retten likevel iblant må se bort fra hvem utredningen kan være til fordel for, av hensyn til deres oppgave om å utrede straffesaker tilstrekkelig til å oppnå et materielt riktig resultat.¹¹⁰

Samlet sett bygger svensk rett i større grad på en anklageprosess hvor retten kun innhenter bevis subsidiært når påtalemyndighetens bevisførsel brister. I likhet med norsk rett ansees sakens grovhet som et sentralt moment. Samtidig synes det i svensk teori å fokuseres mindre på betydningen av om beviset vil være til gunst for tiltalte eller ikke, av hensyn til sannhetsidealet.

7.3 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

7.3.1 Kort om lovforslaget

Straffeprosessutvalget avga 3. november 2016 sin utredning til ny straffeprosesslov med tittelen NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*. I forhold til gjeldende rett representerer lovforslaget en rekke endringer av betydning for domstolens ansvar for sakens opplysning i straffesaker. En viktig endring er forslaget om å begrense adgangen til å opplyse saken til mistenktes ugunst i utkastets § 7-4, samt innføringen av en generell regel i § 7-1 første ledd. Endringsforslagene virker å ha sammenheng med at utvalget går inn for å styrke anklageprinsippets gjennomføring i straffeprosessloven og Grunnloven § 96.¹¹¹ I det følgende skal de nevnte lovforslagene omtales og drøftes.

7.3.2 Utkastets § 7-1 første ledd

Utvalget har gått inn for å lovfeste en alminnelig regel om forsvarlig saksopplysning i utkastets § 7-1 første ledd, som skal lyde slik:

¹⁰⁸ SOU 1938: 44 s. 388 og Prop. 1986/87: 89 s. 109.

¹⁰⁹ Diesen (1994) s. 266 og Lindell (1987) s. 345.

¹¹⁰ Diesen (1994) s. 258.

¹¹¹ NOU 2016: 24 s. 194.

«§ 7-1 Forsvarlig saksopplysning. Kontradiksjon. Håndtering av bevis.

(1) Enhver som treffer avgjørelse etter denne lov, skal påse at den bygger på bevis som gir et korrekt og tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag.»

Forslagets første ledd må antas å gi uttrykk for en *generell* plikt for alle som treffer avgjørelser etter loven, herunder domstolene, til å sørge for opplysningen av sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag slik at det er forsvarlig å treffe avgjørelse. Samme forståelse er lagt til grunn i utvalgets merknader.¹¹² Utkastet benytter begrepet «korrekt og tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag» til forskjell fra «fullstendig opplyst» i strpl. § 294. Med «korrekt» siktes det til at grunnlaget for avgjørelsen skal gjenspeile de faktiske forhold slik de er opplyst, herunder at eventuelle uklarheter må komme til uttrykk.¹¹³ Uttrykket «tilstrekkelig» tilsier at det må foreligge nok opplysninger i saken til å avsi en materielt riktig domsavgjørelse. Ut fra bestemmelsens overskrift, synes det avgjørende å være om saksopplysningen er «forsvarlig». Ordbruken i lovutkastet virker noe mer treffende enn dagens formulering i strpl. § 294. Begrepet «fullstendig» kan være misvisende når det egentlig stilles krav om et *forsvarlig* avgjørelsesgrunnlag.

Regelen vil kunne oppfattes som en «hovedregel» om rettens ansvar, slik at det er unntak som eventuelt må begrunnes. Endringen synes hensiktsmessig da det vil tydeliggjøre det grunnleggende idealet om materiell sannhet på alle plan av strafferettspleien, og dermed øke sjansen for riktige avgjørelser.

7.3.3 Utkastets § 7-4

Den kanskje mest interessante endringen er foreslått i lovutkastets § 7-4, som lyder slik:

«§ 7-4. Rettens kontroll med at bevisføringen er tilstrekkelig

Når hensynet til sakens opplysning tilsier det, skal retten ta opp spørsmål om ytterligere bevisføring med partene, jf. § 30-1. Uten hensyn til partenes standpunkt kan retten beslutte ytterligere bevisføring, men i alminnelighet ikke for å opplyse saken til mistenktes ugunst.»¹¹⁴

¹¹² NOU 2016: 24 s. 568.

¹¹³ NOU 2016: 24 s. 568.

¹¹⁴ NOU 2016: 24 s. 38.

Lovutkastet viser at utvalget foreslår at retten, i likhet med gjeldende rett ifølge dagens strpl. § 294, har en selvstendig plikt til å beslutte ytterligere bevisførsel. Én endring er likevel foreslått. Retten skal «i alminnelighet» ikke beslutte ytterligere bevisføring hvis det er til skade for tiltalte. Med «i alminnelighet» sikter utvalget til at rettens involvering kan være mer akseptabel dersom de forutsetninger som ligger til grunn for rettens noe mer avventende rolle etter lovforslaget, svikter vesentlig.¹¹⁵ Forslaget er begrunnet i domstolens nøytralitet, og at anklagefunksjonen er lagt til påtalemyndigheten, som i henhold til uskyldspresumsjonen har bevisbyrden for at den mistenkte er skyldig. Av denne grunn mener utvalget at rettens saksopplysningsansvar primært bør ivaretas gjennom veiledning av partene. Den skal først og fremst virke som en rettssikkerhetsgaranti for siktede.¹¹⁶ Det bemerkes videre av utvalget at «[d]et kan være vanskelig å vite om et bevis som er ukjent for retten, og kanskje også for partene, er til mistenktes gunst eller ugunst. Det kan derfor ikke kreves mer enn at dommeren ikke skal ta sikte på å opplyse saken til mistenktes ugunst».¹¹⁷

Utvalgets forslag kan være gjenstand for kritikk og debatt. Særlig hva gjelder hensiktsmessigheten av å skulle begrense rettens adgang til å innhente bevis til mistenktes ugunst. Rettspraksis som har kommet til i etterkant har ikke uttalt seg om lovforslaget, som trolig skyldes at det har liten rettskildemessig betydning for hva som er gjeldende rett. I teorien har forslagene likevel fått en del oppmerksomhet. Jahre mener utvalgets forslag vil gi en god regel. Utgangspunktet bør tas i anklageprinsippet, og den modifikasjonen i dette som § 294 (og utkastet § 7-4) gjør, bør sees som en rettssikkerhetsgaranti for mistenkte.¹¹⁸ Videre bør det ikke være rettens oppgave å komme påtalemyndigheten til unnsetning dersom saken er for dårlig opplyst. Av denne grunn er han kritisk til at rettens plikt skal gjelde både til gunst og til skade for tiltalte, men konstaterer at gjeldende rett er slik.¹¹⁹ Rui fremhever at «[i] dag har både retten og påtalemyndigheten et ansvar for sakens opplysning. Etter forslaget er det ikke tale om en overføring av ansvaret for materielt riktig resultat, men en svekkelse av rettens plikt og mulighet til å sørge for sakens opplysning. Domstolens rolle, slik lovteksten er utformet og utvalget redegjør for, gir retten en veiledningsplikt og ikke en selvstendig plikt til sakens utredning. Det

¹¹⁵ NOU 2016: 24 s. 572.

¹¹⁶ NOU 2016: 24 s. 261-262 og 572.

¹¹⁷ NOU 2016: 24 s. 261-262 og 572.

¹¹⁸ Jahre (2019) s. 11.

¹¹⁹ Jahre (2019) s. 11.

er påtalemyndigheten som har ansvaret for saksopplysningen, og domstolen får følgelig en mer tilbaketrukket rolle».¹²⁰

Uttalelsene fremmer flere gode synspunkter. Avgjørende bør likevel være hensynet til et materielt riktig resultat. Formålet med å innhente bevis er å avklare tvilsomme eller uklare spørsmål i saken for å oppnå en riktig avgjørelse, ikke å domfelle tiltalte. Dette må gjelde uavkortet i straffesaker. Er domstolene avskåret fra å supplere bevisførselen, kan det føre til at beviskravet ikke oppfylles, når det egentlig kunne vært oppfylt dersom ytterligere opplysninger var innhentet. Sentralt står argumentet om at det for retten i forkant vil være vanskelig å si i hvilken retning et bevis vil ha betydning, og at det kan være i strid med uskyldspresumsjonen å godta slike forutinntattheter. Utkastets § 7-4 harmonerer dessuten dårlig med den generelle plikten som kommer til uttrykk i utkastet § 7-1 første ledd om å sikre et korrekt og tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag. Nærmere bestemt kan begrensningen i rettens plikt undergrave den alminnelige regelen om en forsvarlig saksopplysning.

Hovedinntrykket av NOU 2016: 24 er at det lyser gjennom i forslagene at lovutvalget har hatt kort tid til rådighet. Fra oppnevningen den 20. juni 2014 til avgivelsen 3. november 2016 har det gått knappe to år og fire måneder. Med tanke på det omfattende mandatet de er gitt, er dette lite. Til sammenligning brukte forrige lovkomité 12 år fra sin oppnevning i 1957 til innstillingen ble avgitt i 1969.¹²¹ Det er vanskelig å se at forslaget vil gi et betryggende grunnlag for ny straffeprosesslov. Konsekvensen er at mange viktige synspunkter mangler, og at det er lite sammenhenger med andre rettsregler og overordnede prinsipper i straffeprosessen. Særlig gjelder dette hensynet til materiell sannhet. Alt i alt synes forslagene lite gjennomtenkt. Knapphet i tid kan ikke rettferdiggjøre faren for en uheldig rettstilstand i fremtiden. Rettens ansvar for saksopplysningen bør behandles på en grundigere måte.

7.4 Hvordan bør reglene om rettens ansvar for saksopplysningen utformes?

Basert på funnene fra analysene i avhandlingen blir spørsmålet i det følgende hvordan reglene om rettens ansvar for opplysningen i straffesaker bør utformes. Hverken gjeldende rett eller lovforslaget har vist seg å være optimale løsninger. Gode grunner taler for en justering av strpl. § 294.

¹²⁰ Rui (2017) s. 341.

¹²¹ Se NUT 1969: 3 s. 71.

En løsning på problematikken kan være å innføre en regel hvor det fokuseres mindre på skillet mellom innhenting av bevis til tiltaltes gunst eller skade. Ved utformingen bør det tas i betraktning at retten ikke sjelden står i en situasjon hvor det er vanskelig å foreta en fremtidsrettet vurdering av hvordan bevisene vil falle ut. Først når et nytt bevis er ført og vurdert opp mot de øvrige bevisene, er dette mulig å avgjøre. Forslaget i NOU 2016: 24 om å begrense rettens adgang til å innhente bevis til skade, bør dermed ikke innføres.¹²² Det eksisterer et visst spenningsforhold mellom lovforslaget og det Høyesterett har lagt til grunn implisitt i Rt. 2013 s. 905 og HR-2019-1967-A, om at retten ikke kan vise til beviskravet og frifinne når det finnes løse tråder. Hensynet til materiell sannhet ivaretas best når rettens plikt er like streng i begge tilfeller.

I straffesaker er det fundamentalt at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode. Dette betyr ikke nødvendigvis at retten tar særhensyn til tiltalte. Målet er å unngå at uskyldige dømmes. Sannhetsidealet bør derfor gis forrang fremfor at påtalemyndigheten må bære risikoen for en utilstrekkelig bevisførsel. I det lengre løp vil en slik regel samtidig være ressursbesparende ut fra tanken om å unngå nye runder i domstolene. Av disse grunner bør vurderingstemaet etter strpl. § 294 være hvorvidt det er uklarerheter eller tvil om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, og ikke en fremtidsrettet vurdering av om et bevis har betydning i favør tiltalte eller ikke.

En kan spørre om offentlige ressurser bør være en faktor som kan redusere utredningsplikten omfang. Begrensede ressurser kan faktisk sett påvirke grundigheten av saksopplysningen, men kan samtidig være betenkelig. Indirekte vil det kunne ha innvirkning på hvor sannsynlig det er at saken får et materielt riktig resultat, som kan svekke tilliten til rettsapparatet. En styrking av anklageprinsippet, slik lovutvalget går inn for, vil være en overgang til en mer rendyrket partsprosess. En partsprosess er både kostnadsbesparende og tidseffektiv, og sikrer domstolenes uavhengig og nøytralitet. Samtidig øker sjansen for at bærebjelken i straffeprosessen – den materielle sannhet – i mange saker ikke vil være på plass. Man vil da stå overfor et rettssikkerhetsproblem. På dette punktet bør løsningen i rettspraksis videreføres. Hensynet til tid, penger eller andre ressurser kan ikke gå på bekostning av et materielt riktig resultat.

¹²² NOU 2016: 24 s. 572.

Ordlyden bør justeres for å vise at utredningsansvaret ikke beror på hva som er praktisk mulig ut fra ressurs hensyn, men at saksopplysningen skal være tilstrekkelig til å gi et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag i saken. Hvor grundig opplysningen må være, bør avgjøres ved hjelp av beviskravet for forsvarlighetskravet og formålet med bestemmelsen. Foreligger det sannsynlighetsovervekt for at innhenting av nye bevis vil kunne påvirke skyldspørsmålet i den ene eller annen retning, har domstolen en rett og plikt til å undersøke saken nærmere. Er situasjonen slik, kan ikke retten frifinne tiltalte utelukkende basert på at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Kun når slik sannsynlighetsovervekt ikke foreligger, bør domstolen ut fra ressurs hensyn gis adgang til å unnlate ytterligere utredning. Dette gir en enklere og mer hensiktsmessig måte å løse uklarheter i faktum på enn ved en bred og åpen interesseavveining. Som redegjørelsen har vist, er det valgt en tilsvarende løsning i svensk rett.

Uavhengig av hvilket omfang rettens plikt til å sørge for sakens opplysning gis, er det viktig at plikten har velbegrunnede rammer. Problemstillingen er komplisert, og vil trolig være en pågående debatt i fremtiden. Det gjenstår å se hva som blir utfallet av prosessen med lovarbeidet. Det som er sikkert, er at spørsmålet er verdt en ny vurdering i arbeidet med ny straffeprosesslov.

Referanseliste

Lovregister

Norsk lovgivning

Grunnloven – Grl.	17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov
Straffeprosessloven 1887	Opphevet: Lov 1. juli 1887 nr. 5 om rettergangsmåten i straffesaker
Forvaltningsloven – Fvl.	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Straffeprosessloven – Strpl.	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
Menneskerettsloven – Mrl.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Straffeloven – Strl.	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Twisteloven - Tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lovforarbeider

NUT 1969:3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov
Ot.prp. nr. 35 (1978–1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)
Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)	Om lovendringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Innst.O. nr. 2 (1966-1967)	Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Andre lands lovgivning og lovforarbeider

Retsplejeloven	Lov 17. november 2011 nr. 1063 om rettens pleje
Rättegångsbalken – RB	Rättegångsbalken (1942:740) av 18. juli 1942
SOU 1938: 44	Statens offentlige utredningar (SOU) 1938: 44, <i>Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.</i>
Prop. 1986/87: 89	Proposition (Prop.) 1986/87:89, <i>Om ett reformerat tingsrättsförfarande.</i>

Traktater og konvensjoner

1950	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. november 1950 (EMK)
1966	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP)

Rettspraksis

Norske rettsavgjørelser

TINFI-2018-79586

LH-2018-152693

Rt. 1972 s. 1218

Rt. 1982 s. 1858

Rt. 1984 s. 462

Rt. 1985 s. 9

Rt. 1987 s. 266 (kjm.utv.)

Rt. 1991 s. 1529 (kjm.utv.)

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 1998 s. 1176

Rt. 2001 s. 524

Rt. 2001 s. 1521 (kjm.utv.)

Rt. 2003 s. 1151 (kjm.utv.)

Rt. 2003 s. 1739 (kjm.utv.)

Rt. 2004 s. 1561

Rt. 2005 s. 907

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2008 s. 605

Rt. 2008 s. 1350

Rt. 2008 s. 1409

Rt. 2008 s. 1659

Rt. 2009 s. 801

Rt. 2009 s. 1189 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2010 s. 655

Rt. 2011 s. 172

Rt. 2011 s. 1598 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2012 s. 268 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2013 s. 588

Rt. 2013 s. 905

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2015 s. 126 (Høyesteretts ankeutvalg)

HR-2017-1031-U (Høyesteretts ankeutvalg)

HR-2017-1769-U (Høyesteretts ankeutvalg)

HR-2019-1967-A

Andre lands rettspraksis og internasjonale rettsavgjørelser

Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania [P] 6. desember 1988, no. 10590/83 [EMD-1983-10588] (Menneskerettighetsdomstolen)

NJA 1986 s. 821 (Högsta domstolen)

NJA 1990 s. 555 (Högsta domstolen)

Juridisk litteratur

- Andenæs/Myhrer (2009) Andenæs, Johs og Myhrer, Tor-Geir, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2009)
- Bjerke/Keiserud/Sæther (2011) Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik, Sæther, Knut Erik *Straffeprosessloven – kommentarutgave*, 4. utgave bind 1 og 2, Universitetsforlaget (Oslo 2011)
- Boe (2020) Boe, Erik, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og rettstenkning*, 4. utg. Universitetsforlaget (2020)
- Diesen (1994) Diesen, Christian, *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, (Stockholm, 1994)
- Diesen (2015) Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*, 2. utgave, Nordstedts juridik, (Stockholm 2015)
- Eckhoff/Helgesen (2007) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget (2007)
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm (2017)
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 3. utgave (2013)
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Steinar, *Innføring i Straffeprosess*, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag (2018)
- Frøberg (2013) Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.), (Oslo 2013).
- Graver (2006) Graver, Hans Petter, «*I prinsippet prinsipiell - om rettsprinsipper*», Tidsskrift for Rettsvitenskap, (2006)
- Hov I og II (2009) Hov, Jo, *Innføring i prosess bind 1 og 2*, Calax (Oslo 2009).

- Hov I og II (2010) Hov, Jo, *Rettergang I og II: Sivil og straffeprosess*, Papinian, (Oslo 2010)
- Kjelby (2019) Kjelby, Gjert Johan, *Påtalerett*, 2. utgave (Oslo 2019)
- Lindell (1987) Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus Förlag, Uppasala (1987)
- Lindell/Eklund/Asp mfl. (2005) Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter, Andersson, Torbjörn, *Straffprocessen*, Iustus Förlag, Uppsala (2005)
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm (2012)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004
- Robberstad (1999) Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp og inkvisisjon*, Universitetsforlaget (1999)
- Rui (2014) Rui, Jon Petter «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens Venner (2014)
- Rui (2017) Rui, Jorun, «*Anklageprinsippets stilling i norsk straffeprosess*», Tidsskrift for strafferett (2017)
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «*Komparasjon innen strafferett og -prosess*», Tidsskrift for strafferett 2009/4
- Schelin (2007) Schelin, Lena, *Bevisvärvering av utsagor i brottmål*, Nordstedts Juridik (2007)
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget (2018)
- Smith mfl. (2008) Smith, Eva, Jochimsen, Jørge, Kistrup, Jørgen, Lund Poulsen, Jakob, *Straffeprosessen*, 2. utgave, Forlaget Thomson, (København 2008)
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen*, (Bergen 2003)

Øyen (2019)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget (2019)

Aarli/Hedlund/Jebens (2015)

Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann, og Jebens, Sverre Erik (red.) mfl., *Bevis i straffesaker – utvalgte emner*, Gyldendal (2015)

Offentlige høringer

Høringssvar NOU 2016: 24: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?expand=horingssvar> (sist sjekket 15. desember 2020)

