



Oslo statsadvokatembeter

Høringsuttalelse til

NOU 2016: 24

Ny straffeprosesslov

Innhold

Innledning	8
Generelt inntrykk.....	8
Struktur og systematikk.....	10
Terminologiske endringer	11
De økonomiske og administrative konsekvensene.....	11
1 Del 1. Innledende bestemmelser. Straffesakens aktører. Innsyn.....	12
1.1 Kapittel 2. Påtalemyndigheten	12
1.1.1 Generelt	12
1.1.2 § 2-9. Instruksjons- og omgjøringsmyndighet.....	12
1.2 Kapittel 3. Mistenkte og forsvareren.....	14
1.2.1 § 3-1. Mistenktes rettigheter.....	14
1.2.2 § 3-3. Utøvelse av partsrettigheter for personer under 18 år og andre under vergemål	15
1.2.3 § 3-7. Forsvarerens oppgaver	16
1.2.4 § 3-10. Forsvarerens taushetsplikt.....	16
1.2.5 § 3-11. Forsvarer under hele saken.....	17
1.2.6 § 3-12. Forsvarer i politiavhør av mistenkte.....	18
1.2.7 § 3-21. Avkall på forsvarer.....	19
1.2.8 § 3-13. Forsvarer ved pågrep og fengsling	19
1.2.9 § 3-16. Forsvarer under hovedforhandling	19
1.2.10 § 3-17. Forsvarer ved forenklet behandling	19
1.2.11 § 3-22. Oppnevning av forsvarer.....	20
1.3 Kapittel 4. Fornærmede og bistandsadvokaten mv.	20
1.3.1 Generelt om fornærmedes stilling i straffeprosessen	20
1.3.2 Fornærmedes forfølgingsrett	20
1.3.3 Bistandsadvokat ikke lenger bestemmende for prosessuelle rettigheter	21
1.3.4 Definisjonen av fornærmede – utkastet § 4-1.....	21
1.3.5 § 4-5. Bistandsadvokatens oppgaver	21
1.3.6 § 4-8. Bistandsadvokaters taushetsplikt	22
1.3.7 § 4-9. Rett til bistandsadvokat	22
1.3.8 § 4-11. m.fl. Oppnevning av bistandsadvokat	23
1.4 Kapittel 5. Domstolene	23
1.5 Kapittel 6. Innsyn.....	23
1.5.1 Gjenstand for innsyn	26
1.5.2 Inngangsupplysninger, interne dokumenter og forebyggende arbeid.....	28
1.5.3 § 6-8. Unntak fra rett til innsyn i opplysninger som ikke påberopes som bevis i saken, eller som er fremlagt som grunnlag for bruk av hemmelig tvangstiltak	30
2 Del 2. Bevis	37
2.1 Generelle bemerkninger	37

2.2	Kapittel 7. Alminnelige regler om bevis	37
2.2.1	§ 7-2. Fri bevisføring. Partenes bevisstilbud.....	39
2.2.2	§ 7-3. Rettens kontroll med at bevisføringen er relevant og forholdsmessig	39
2.2.3	§ 7-4. Rettens kontroll med at bevisføringen er tilstrekkelig	40
2.2.4	§ 7-5. Bevisvurdering og beviskrav.....	41
2.3	Kapittel 8. Bevisforbud	42
2.3.1	Generelt	42
2.3.2	§ 8-1. Bevisforbudenes virkninger	44
2.3.3	§ 8-2. Bevisforbud til vern om grunnleggende nasjonale interesser, regjeringskonferanser, domskonferanser og opplysninger unntatt innsyn	44
2.3.4	§ 8-3. Bevisforbud til vern om fortrolighet	44
2.3.5	§ 8-4. Bevisforbud som følge av forklaringsfritak. Pressens kildevern. Forretningshemmeligheter	46
2.3.6	§ 8-5. Bevisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis	46
2.3.7	§ 8-6. Unntak fra bevisforbud	49
2.3.8	§ 8-7. Behandlingsmåten ved håndheving av bevisforbud.....	49
2.4	Kapittel 9. Forklaringsplikt og forklaringsfritak.....	49
2.4.1	§ 9-1. Mistenktes taushetsrett	49
2.4.2	§ 9-2. Forklaringsplikt for vitner	49
2.4.3	§ 9-3. Forklaringsfritak for mistenktes nærstående og om inkriminerende eller belastende opplysninger	49
2.4.4	§ 9-4. Forklaringsfritak for pressen og kildevern.....	50
2.4.5	§ 9-5. Forklaringsfritak for forretningshemmeligheter.....	50
2.5	Kapittel 10. Politiavhør og forklaringer i rettsmøte. Anonyme vitner	51
2.5.1	§ 10-1. Møteplikt til politiavhør og rettslig avhør	51
2.5.2	§ 10-2. Innkalling til politiavhør	51
2.5.3	§ 10-3. Innkalling til rettslig avhør.....	52
2.5.4	§ 10-4. Informasjon før avhør	52
2.5.5	§ 10-5. Opplysninger mistenkte og vitner plikter å oppgi.....	53
2.5.6	§ 10-6. Alminnelige regler om gjennomføringen av avhør	54
2.5.7	§ 10-7. Tilrettelagt avhør. Avhør av barn og visse andre sårbare personer	54
2.5.8	§ 10-8. Opptak og nedtegning av forklaringer	55
2.5.9	§ 10-9. Føring av forklaringer under hoved- og ankeforhandling.....	56
2.5.10	§ 10-10. Anonyme vitner.....	58
2.5.11	§ 10-11. Forskrifter om tilrettelagt avhør	58
2.6	Kapittel 11. Sakkyndighet.....	58
2.6.1	§ 11-1. første ledd og § 11-3. første ledd	58
2.7	Kapittel 12. Bevissikring i retten	58
3	Del 3. Etterforsking og tvangstiltak.....	59
3.1	Generelle bemerkninger	59

3.2	Kapittel 13. Alminnelige regler om etterforsking.....	59
3.2.1	§ 13-2. Vilkår for etterforsking	59
3.2.2	§ 13-4. Ansvar for og styringen av etterforskingen.....	59
3.2.3	§ 13-5. Grunnleggende krav til etterforskingen.....	60
3.2.4	§ 13-6. Underretning om anmeldelse og etterforsking. Skjult etterforsking	60
3.2.5	§ 13-7. Begjæring fra mistenkte og andre om etterforskingsskritt	61
3.3	Kapittel 14. Tvangstiltak. Grunnvilkår og fellesregler	61
3.3.1	§ 14-1. Grunnvilkår for tvangstiltak. Mistanke-, kriminalitets- og forholdsmessighetskrav	61
3.3.2	§ 14-3. Myndighet til å beslutte tvangstiltak. Begjæring. Hastetilfeller. Kontroll	62
3.3.3	§ 14-5. Gjennomføring av tvangstiltak. Adgang til maktbruk og krav til skånsomhet. Innbrudd. Uriktige identifikasjonsdokumenter	63
3.3.4	§ 14-6. Plikt til å medvirke til gjennomføring av tvangstiltak. Tilgangsupplysninger. Biometrisk autentisering	63
3.3.5	§ 14-7. Taushetspålegg.....	63
3.3.6	§ 14-10. Underretning om tvangstiltak. Utsatt eller unnlatt underretning.....	63
3.4	Kapittel 15. Meldeplikt, pågrep og fengsling mv.....	64
3.4.1	§ 15-1. Begrensninger i bevegelsesfriheten ved unndragelsesfare.....	65
3.4.2	§ 15-2. Begrensninger i bevegelsesfriheten ved bevisforspillelsesfare	66
3.4.3	§ 15-12. Restriksjoner under pågrep og fengsling. Isolasjon.....	67
3.4.4	§ 15-5. Begrensninger i bevegelsesfriheten ved fare for ny straffbar handling.....	68
3.4.5	§ 15-7. Pågrep og fengsling av mistenkte for å sikre fremstilling	68
3.4.6	§ 15-13. Beslutningsmyndighet og adgang til rettslig prøving	68
3.4.7	§ 15-17. Fortsatt fengsling ved hovedforhandling og etter dom	68
3.5	Kapittel 16. Personundersøkelse, psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse	69
3.5.1	§ 16-2. Psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse. Opphold i institusjon	69
3.6	Kapittel 17. Kroppsundersøkelse og identifiseringstiltak mv.....	69
3.6.1	§ 17-1. Kroppsundersøkelse av mistenkte	69
3.7	Kapittel 18. Ransaking og undersøkelse av ting	69
3.7.1	§ 18-1. Ransaking av mistenktes person og bolig mv.	70
3.7.2	§ 18-5. Hemmelig ransaking	70
3.7.3	§ 18-7. Undersøkelse av ting.....	70
3.7.4	§ 18-8. Avsperring av steder og pålegg.....	71
3.8	Kapittel 19. Beslag og utleveringspålegg. Inndragning besluttet av påtalemyndigheten	71
3.8.1	Gjenstanden for beslag	71
3.8.2	Frivillig innlevering mv.....	72
3.8.3	Beslag og utleveringspålegg - mistankekrav	73
3.8.4	Beslag med sikte på inndragning.....	74
3.8.5	Bevisinnhenting vrisk mot rettslig bevissikring	74

3.8.6	Rettslig prøving § 14-3 (2)	75
3.8.7	Spørsmål om beslagsforbud - § 19-1 (4)	75
3.8.8	Beslagsadgang for enhver § 14-1 (3).....	76
3.8.9	§ 19-6. Sikringspålegg.....	77
3.9	Kapittel 20. Inngrep i kommunikasjon mv.	77
3.9.1	§ 20-1. Innhenting av opplysninger om kommunikasjonsinnretninger. Avbryting av kommunikasjon	77
3.9.2	§ 20-2. Avlytting og avlesing av kommunikasjonsinnretning. Identifisering av innretning	77
3.9.3	§ 20-4. Dataavlesing.....	78
3.9.4	§ 20-5. Opphør av avlytting og opptak på grunn av bevisforbud mv. Sletting	78
3.9.5	§ 20-6. Lagring. Sletting og sperring av opplysninger etter endelig avgjørelse.....	82
3.9.6	§ 20-7. Taushetsplikt og adgang til å benytte informasjon.....	82
3.9.7	§ 20-8. Underretning til personer som har vært underlagt kommunikasjonskontroll....	83
3.10	Kapittel 21. Observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak	84
3.10.1	§ 21-1. Spaning.....	85
3.10.2	§ 21-4. Infiltrasjon mv.	88
3.10.3	§ 21-5. Påvirkning av hendelsesforløp og bevisprovokasjon	90
3.10.4	§ 21-2. Teknisk sporing.....	91
3.10.5	§ 21-3. Skjult kameraovervåking	91
3.10.6	§ 21-6. Beslutningsmyndighet og krav til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon	92
3.11	Kapittel 22. Inngrep i mistenktes formue. Heftelse og båndlegging	92
3.11.1	Heftelse.....	92
3.12	Kapittel 23. Kontakt- og oppholdsforbud	94
4	Del 4. Internasjonalt samarbeid.....	95
4.1	Kapittel 24. Bistand fra utenlandske myndigheter	95
5	Del 5. Påtalevedtak.....	96
5.1	Kapittel 28. Avgjørelse av påtalespørsmålet mv.	96
5.1.1	§ 28-1. Frist for påtalevedtak.....	96
5.1.2	§ 28-2. Henleggelse.....	97
5.1.3	§ 28-3. Påtaleunndatelse.....	97
5.1.4	§ 28-5. Ny inndragning etter vedtatt forelegg	98
5.1.5	§ 28-7. Tilsagn om straffepåstand	98
5.1.6	§ 28-8. Utforming av påtalevedtak.....	98
5.1.7	§ 28-9. Underretning om påtalevedtak	99
5.2	Kapittel 29. Omgjøring og overprøving av påtalevedtak mv.....	100
5.2.1	§ 29-1. Generelt om omgjøring av påtalevedtak	100
5.2.2	§ 29-2. Overordnet påtalemyndighets omgjøringsadgang.....	100
5.2.3	§ 29-3. Omgjøring av vedtak om henleggelse.....	100
5.2.4	§ 29-7. Endring av tiltalen. Frafall	101

5.2.5	§ 29-8. Omgjøring av straffetilsagn.....	101
5.2.6	§ 29-9. Klage over påtalevedtak.....	101
6	Del 6. Generelle regler om rettens saksbehandling og avgjørelser.....	102
6.1	Kapittel 30. Saksstyring og veiledning. Virkning av at sak er reist. Forening og oppdeling av straffesaker	102
6.1.1	Generelt om saksstyring m.m.	102
6.1.2	§ 30-3. og § 30-4. Deling av saker	102
6.2	Kapittel 31. Rettsmøter	103
6.3	Kapittel 32. Rettens avgjørelser	103
6.3.1	§ 32-3. Rettens forhold til partenes krav og påstander mv.	103
6.3.2	§ 32-4. Det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelser – herunder tilgangen til sakens opplysninger	103
6.3.3	§ 32-5. Bevisførsel om rettsspørsmål	105
6.3.4	§ 32-13. Krav om inndragning etter rettskraftig dom.....	105
6.4	Kapittel 33. Fravær fra rettsmøter. Fraværsavgjørelse mv.	106
7	Del 7. Tingrettens behandling av straffekravet	107
7.1	Generelt om saksforberedelsen	107
7.2	Kapittel 34. Forberedelse til hovedforhandling	108
7.2.1	§ 34-1. Påtalemyndighetens oversendelse til retten.....	108
7.2.2	§ 34-2. Berammelse av fristsaker	110
7.2.3	§ 34-4. Forsvarers tilsvare.....	111
7.2.4	§ 34-7. Saksstyring. Videre saksforberedelse ved behov	111
7.2.5	§ 34-8. Rettens tilgang til sakens opplysninger.....	112
7.2.6	§ 34-9. Saksforberedende rettsmøte	112
7.2.7	§ 34-10. Skriftlig redegjørelse.....	112
7.2.8	§ 34-11. Felles saksfremstilling.....	113
7.2.9	§ 34-12. Sluttinnlegg	113
7.3	Kapittel 35. Hovedforhandling	114
7.3.1	§ 35-1. Rettens styring av hovedforhandlingen.....	114
7.3.2	§ 35-2. Muntlig hovedforhandling	114
7.3.3	§ 35-3. Innledning av forhandlingene	115
7.3.4	§ 35-4. Bevisføringen	115
7.4	Kapittel 36. Forenklet behandling.....	116
8	Del 8. Anke	117
8.1	Ankekompetanse	117
8.2	Ankeadgang	117
8.3	Ankeerklæring.....	118
8.4	Ankegrunner.....	118
8.5	Ankefrist.....	118

8.6	Saksforberedelse før siling.....	119
8.7	Ankesiling	120
8.8	Omgjøring	121
8.9	Ankeforhandling	122
8.10	Gjenbruk av bevis	124
8.11	Reaksjonsspørsmålet.....	125
8.12	Påtalemyndighetens adgang til å anke til gunst	126
8.13	Høyesterett	126
9	Del 9. Fullbyrding og gjenåpning.....	128
9.1	Kapittel 40. Fullbyrding	128
9.1.1	§ 40-2. Iverksetting.....	128
10	Del 11. Pengekrav mv.....	129
10.1	Kapittel 43. Sivile krav	129
10.1.1	§ 43-2. Pådømmelse av rettskrav.....	129
10.1.2	§ 43-5. Forsvarerens og bistandsadvokatens ansvar for sivile krav	129
10.1.3	§ 43-11. Pådømmelse. Dom for del av kravet. Ensrettingsprinsippet. Oppfyllelse.....	129
10.2	Kapittel 44. Sakskostnader.....	130
10.2.1	§ 44-2. Statens krav om dekning av sakskostnader	130
10.3	Kapittel 45. Erstatning etter strafforfølgning	130
10.3.1	§ 45-2. Mistenkte og domfeltes rett til erstatning for økonomisk tap	130

Generelt inntrykk

Oslo statsadvokatembeter mener at straffeprosessloven av 1981 har fungert, og fungerer, tilfredsstillende på de fleste områder. Gjeldende lovgivning, herunder tolkningen av loven, er godt innarbeidet i domstoler, påtalemyndighet, politi, hos forsvarere, bistandsadvokater og andre brukere av loven.

Enkelte deler av loven, f.eks. tvangsmiddeldelen, har vært revidert en rekke ganger og behovet for en revisjon knytter seg til ønsket om en ny og helhetlig systematikk. Også ankekapitlet er modent for en helhetlig revisjon som følge av at lagretteordningen er opphevet, og ønsket om å forenkle deler av ankebehandlingen, herunder at alle anker skal undergis siling. Oslo statsadvokatembeter mener også at hensynet til å ta i bruk moderne teknologi på en hensiktsmessig måte tilsier enkelte lovendringer.

På de områdene som er nevnt i forrige avsnitt, haster det etter vår mening med å få nytt regelverk. På andre områder er behovet for endringer ikke så påtrengende.

Straffeprosessutvalget ble oppnevnt i juni 2014 og avga sin utredning med forslag til ny straffeprosesslov allerede i november 2016. Til sammenligning kan det nevnes at Straffeprosesslovkomiteen, som utredet forslaget til den nåværende straffeprosessloven, fikk sitt mandat i 1957 og avga sin innstilling først i 1969.

Oslo statsadvokatembeter vil påpeke at den relativt korte fristen som Straffeprosessutvalget fikk, har medført at enkelte av utvalgets forslag er noe mangelfullt utredet og at utvalget ikke i tilstrekkelig grad har tilpasset enkelte av forslagene den virkelighet reglene skal fungere i. Dette gjelder først og fremst de faktiske premissene for enkelte av endringsforslagene, f.eks. grunnlaget for behovet for begrensninger i varetekt, de faktiske premissene og konsekvensene av nye bevisforbudsregler, konsekvensene av de foreslåtte regelendringene om forsvarers tilstedeværelse i forhold til den store satsingen på "politiarbeid på stedet". Også de økonomiske og administrative konsekvensene av enkelte av forslagene er mangelfullt utredet.

Videre er enkelte av endringsforslagene etter vår oppfatning ikke godt nok begrunnet. Eksempelvis mangler det empiri for å slå fast at det generelt er et behov for å disiplinere politiet i dets bruk av tvangsmidler og derfor foreslå strenge bevisforbudsregler. Utvalget foreslår videre å endre eller reversere regler som nylig er blitt utredet og innført. Reglene for gjennomføring av tilrettelagte avhør er nylig endret og behovet for å endre reglene er ikke godt begrunnet.

Høringsrunden vil trolig bidra til å rette opp en del av disse manglene, men vi ser for oss at enkelte deler av lovutkastet vil kreve ytterligere utredninger før departementet kan gå i gang med skriving av en lovproposisjon.

Ytterligere utredninger vil gjøre det aktuelt å foreta en iverksettelse av enkelte av forslagene i lovutkastet i den gjeldende straffeprosesslov i påvente av en helt ny lov. I så fall er den foreslåtte ordningen med ankesiling i alle typer saker ett av de forslagene som det haster med å få iverksatt. Oslo statsadvokatembeter har erfart at det både i Borgarting lagmannsrett og Eidsivating lagmannsrett for tiden er en beramningstid på $\frac{3}{4}$ år i straffesaker. Dette er

uheldig, og det haster derfor med å få gjennomført endringer som kan sikre at det er de rette ankene som blir gjenstand for realitetsbehandling.

Mange av forslagene, særlig de som gjelder ankebehandlingen, vil være effektiviserende samtidig som de bedrer rettssikkerheten. Også dette haster det etter vår oppfatning å få gjennomført.

Utvalget har ofret mye spalteplass på å redegjøre for de prinsippene de bygger på når lovforslaget er utformet. Prinsipper har imidlertid en tendens til å stå i motstrid til hverandre når praktiske regler skal utformes. Man må derfor finne den riktige balansen mellom prinsipper som er på kollisjonskurs med hverandre. Utvalget har foretatt en samvittighetsfull og god avveining mellom ulike prinsipper, men i en del tilfeller har utvalget valgt å rendyrke noen av prinsippene til fortrenghet for andre viktige prinsipper.

Når det gjelder avveiningen mellom de forskjellige prinsippene som utvalget bygger på, er Oslo statsadvokatembeter særlig bekymret for at det materielle sannhetsprinsipp fremstår som "taperen" i mange situasjoner. Utvalget gir flere steder, f.eks. i kapitlet om bevisforbud, uttrykk for at de går inn for å videreføre gjeldende rett, men med enkelte "justeringer". Justeringer er etter vår oppfatning på mange steder et for svakt uttrykk.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er det ikke nødvendigvis den enkelte "justeringen" som begrenser domstolens sannhetssøken som er uheldig, men det er det vi oppfatter som en helt gjennomgående tendens som gjør dette uønsket. På sikt frykter vi at dette viktige prinsippet blir så uthullet at vi ikke lenger kan kalle det et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess.

Det kan være på sin plass å minne om hvordan straffeprosessens formål beskrives i "Johs Andenæs: Norsk straffeprosess 4. utgave" (samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer) side 7 beskrives:

"Det blir undertiden sagt at hovedformålet med reglene om straffeprosessen er å sikre at ingen uskyldig blir dømt. Dette er å drive en god tanke for langt. Det primære formål med straffeprosessen er selvsagt å gjøre straffeansvar til en realitet. Straffeprosessene er en slags forlengelse av strafferetten. Straffebestemmelsene forutsetter at den skyldige kan bli dømt og dommen fullbyrdet. Bare derved kan man oppnå de allmennpreventive og individualpreventive virkninger som straffebestemmelsene tar sikte på. Straffebestemmelsene ville nok vært mer effektive dersom det var lettere å få en mistenkt dømt, men det ville stride mot andre verdier som vi setter høyt i vårt samfunn."

Sagt på en annen måte må de straffeprosessuelle reglene, i tillegg til å ivareta den enkeltes rettssikkerhet, legge til rette for at politi og påtalemyndighet skal kunne oppklare straffesaker og at skyldige blir dømt til adekvat straff. Dette gjelder i særdeleshet de alvorlige straffesakene. En slik målsetning er ikke begrunnet ut fra statistikkensyn. Det er avgjørende at myndighetene blir satt i stand til effektivt å håndheve strafferettslige forbud og påbud, slik at man forebygger kriminalitet som rammer enkeltmennesker og samfunn og forebygger enkeltmenneskers eller grupperingers ønske eller behov for å ta loven i egne hender.

Det er videre vårt inntrykk at en del av de foreslåtte reglene vil virke prosessdrivende, i den forstand at reglene vil invitere til det vi velger å kalle "prosesser om prosessene" fremfor å virke som klare kjøreregler for strafferettspleiens aktører. Dette gjelder f.eks. åpningen for skjønnsmessig vurdering av om barn under 16 år skal avhøres ved tilrettelagt avhør i utkastets

§ 10-7 første ledd ("som regel"). For saksforberedelsesstadiet er det en viss fare for at de omstendelige fremgangsmåtene som forslaget gir anvisning på, ikke bare vil bli brukt der det er et reelt behov for det. Også når det gjelder politiets bruk av tvangsmidler legges det opp til en omstendelig etterfølgende kontroll fra påtalemyndighetens side som vil kreve mye arbeid og som neppe står i forhold til gevinsten.

Oslo statsadvokatembeter har forståelse for ønsket om en prosess som gir større reelle fullmakter til domstolen til å styre saken inn i et hensiktsmessig og effektivt spor. I de store sakene, som er i et betydelig mindretall, vil god saksforberedelse og dommernes økede kunnskap om saken i forkant av hovedforhandling bidra til å effektivisere gjennomføringen av forhandlingene.

Utkastet til regler om saksforberedelse oppfylder lojalt mandatets punkt om i større grad å bruke tvisteloven som modell. Utvalget har imidlertid ikke i tilstrekkelig grad tatt innover seg at straffesaker og sivile saker er vesensforskjellige. Et alminnelig krav om mer aktiv dommerstyring på saksforberedelsesstadiet – som utkastet legger opp til – vil medføre en ressurs- og tidkrevende saksbehandling som ikke vil stå i forhold til de antatte gevinster i mange saker. Langt de fleste straffesaker er såpass enkle at det ikke er nødvendig med sterkere involvering fra domstolenes side før rettsforhandlingene.

Utvalgets ønske om en større frihet for den enkelte dommer til å treffe beslutninger i den konkrete sak og at overordnede domstoler til en viss grad må tilpasse seg dette, er et godt ønske. En rettsregel som i den forbindelse er spesielt viktig – og som ganske åpenbart gjør at dommere ofte vegrer seg for å drive en aktiv dommerstyring – er den vide skjønnsmessige adgangen overordnet rettsinstans har til å oppheve en dom på grunn av saksbehandlingsfeil, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd. Den vide adgangen foreslås videreført i utkastets § 39-10 første ledd annet punktum. Utvalget presiserer på side 655 at dersom ankedomstolen ikke har tilstrekkelig grunnlag for å prøve om feilen har virket inn på avgjørelsen, skal avgjørelsen oppheves. Oslo statsadvokatembeter ser klart at det er et behov for slike skjønnsmessige regler, men vil påpeke at usikkerheten med hensyn til virkningene av f.eks. bevisavskjæring lett vil føre til at unødvendige bevis tillates ført, til tross for gode intensjoner om det motsatte.

Det er positivt at utvalget bidrar til å synliggjøre påtalemyndighetens rolle i etterforskningen. Slik Oslo statsadvokatembeter ser det, går imidlertid utvalget på enkelte punkter for langt i å la påtalemyndigheten detaljstyre og kontrollere etterforskningen til fortrenghet for den politifaglige ledelsen av etterforskningen. Vi kommer tilbake til dette i våre bemerkninger til reglene om tvangsmidler; og da særlig i tilknytning til lovfestingen av noen til nå ulovfestede etterforskningsmetoder.

Alt i alt bidrar imidlertid lovutkastet til en nødvendig modernisering av straffeprosessen, blant annet ved at det legges opp til økt bruk av avspilling av lyd- og billedopptak under ankebehandlingen, noe som vil være ressursbesparende og ikke minst vil virke mer skånsomt for vitnene.

Struktur og systematikk

Sammenlignet med gjeldende lov innebærer lovutkastet en omfattende omstrukturering. Oslo statsadvokatembeter mener at utvalget har lyktes med å gi lovutkastet en logisk og god struktur og at lovforslaget tar opp i seg at mye av straffesaksbehandlingen skjer utenrettslig.

Det er åpenbart mer logisk – slik utvalget foreslår – å ha regler om partene i kapitler før kapitlene som regulerer domstolenes virksomhet.

Den omfattende bruken av krysshenvisninger er gjort av pedagogisk grunner og vil i enkelte tilfeller være nyttige for brukerne av loven. Teknikken med bruk av krysshenvisninger kan imidlertid også noen ganger slå uheldig ut. Etter vår mening gjør dette seg særlig gjeldende for kapitlene 14 til 23, som omhandler tvangstiltak/tvangsmidler. Som vi kommer nærmere tilbake til, er det særlig for den type rettsregler viktig å ha en lett tilgjengelig fremstilling av vilkår, kompetanseregler og fremgangsmåter. Hvis rettsreglene blir for kompliserte i sin oppbygning og slik sett utilgjengelige, er det en risiko for at dette vil gå utover borgernes rettssikkerhet ved at det treffes lovstridige beslutninger.

Terminologiske endringer

Utvalget foreslår at begrepet "Sakens opplysninger" erstatter "sakens dokumenter". Det synes som om sakens opplysninger er et mer dekkende begrep. Oslo statsadvokatembeter støtter derfor denne endringen.

"Mistenkte" foreslås som fellesbetegnelse for både dagens begreper "mistenkte" og "siktete". Etter vår mening krever en slik endring av begrepsbruken en grundigere gjennomgang av både faktiske og økonomiske og administrative konsekvenser enn det utvalget har gjort på side 206 og side 207.

Utvalget går inn for å bytte ut begrepet "tvangsmidler" med begrepet "tvangstiltak". Oslo statsadvokatembeter kan ikke se noe poeng i å ta i bruk et nytt uttrykk til erstatning for det godt innarbeidede uttrykket "tvangsmiddel". Utvalget anfører at betegnelsen "tvangsmiddel" er noe gammelmodig. Oslo statsadvokatembeter kan ikke si seg enig i den karakteristikken, og vil – som utvalget selv nevner på side 307 – påpeke at et straffeprosessuelt tvangsmiddel nettopp dreier seg om er virkemiddel. Den innarbeidede begrepsbruken bør etter vår mening videreføres.

Vi er enige med utvalget i at benevnelsen "tilståelsesdom" ikke lenger er dekkende. Istedenfor den foreslåtte benevnelsen "forenklet behandling", vil vi anbefale at man bruker "forenklet domstolsbehandling" eller "forenklet pådømmelse" slik at begrepet gir anvisning på hvilket stadium i strafforfølgninger man befinner seg på.

De økonomiske og administrative konsekvensene

Utvalget tar etter vår mening for lett på de økonomiske og administrative konsekvensene av enkelte av de foreslåtte bestemmelsene. Enkelte økonomiske følger av forslagene er omtalt i kap. 28. Det offentliges utgifter til forsvarere vil ventelig øke betydelig blant annet som følge av kravet om at det skal være forsvarer til stede ved politiavhør av mistenkte. Samtidig registrerer vi at utvalget i kapitlet om økonomiske og administrative konsekvenser har en, etter vår oppfatning, urealistisk forestilling om at det å bringe forsvarerne sterkere inn på et tidlig stadium, vil medføre "en rettssikker avklaring" og derigjennom effektivisere prosessen.

Omkostningene ved at det vil bli flere prosessuelle tvister både på saksforberedelsesstadiet og under hovedforhandlingen er ikke medtatt. Dette vil antagelig kreve økte bevilgninger til offentlig oppnevnte forsvarere, påtalemyndigheten, politiet og domstolene.

1.1 Kapitel 2. Påtalemyndigheten

1.1.1 Generelt

Utvalget foreslår i det alt vesentlige å videreføre påtalemyndighetens inndeling og oppgaver i forhold til dagens system. Oslo statsadvokatembeter slutter seg i all hovedsak til de synspunkter utvalget presenterer og de konklusjoner som utvalget trekker.

Vi finner grunn til å minne om at Påtaleanalyseutvalget i NOU 2017: 5 går inn for omfattende endringer av påtalemyndighetens organisering. Påtaleanalysen er ute på høring med høringsfrist 1. oktober 2017.

Slik vi foreløpig oppfatter innholdet i påtaleanalysen vil de endringene som er foreslått, i liten grad nødvendiggjøre endringer i den lovteksten som er foreslått her. Påtaleanalysens endringsforslag går i større grad på påtalemyndighetens kapasitet og balansering av arbeidsoppgaver mellom riksadvokat, statsadvokater og påtalemyndigheten enn på de forhold som må reguleres i straffeprosessloven. Departementet må imidlertid avpasse de eventuelle endringene som påtaleanalysens endringsforslag avstedkommer til reglene som blir stående når ny straffeprosesslov en gang i fremtiden trer i kraft.

Oslo statsadvokatembeter ønsker å gi uttrykk for tilfredshet med at utvalget bruker såpass mye spalteplass på statsadvokatenes fagledelse og at denne delen av vår virksomhet reflekteres i lovutkastet, jf. utkastets § 2-5 tredje ledd.

Også utvalgets forslag om både å grunnlovfeste og lovfeste påtalemyndighetens uavhengighet støttes av Oslo statsadvokatembeter jf. utkastets § 2-3 annet ledd og endringsforslaget i Grunnloven § 96 første ledd. De synspunkter som fremgår av utredningens kap. 8.2.1. (side 184 flg.), er i overensstemmelse med våre synspunkter.

1.1.2 § 2-9. Instruksjons- og omgjøringsmyndighet

Til annet ledd:

Utvalget går inn for at lederen ved det enkelte kontor, for statsadvokatenes vedkommende; førstestatsadvokaten/embetsleder, skal ha samme instruksjonsmyndighet ovenfor statsadvokatene som overordnet påtalemyndighet har etter § 2-9 første ledd. Dette gjelder også for avgjørelse av spørsmålet om påtale, jf. utkastets § 2-9 annet ledd, jf. § 2-9 første ledd bokstav c).

For ordens skyld nevner vi at instruksjonsrett kan knyttes til mange forskjellige forhold. Det er ingen som bestrider embetsleders rett til å fordele saker og om nødvendig omfordele saker. Omfordeling kan skje ved sykdom, kollisjoner av oppgaver, restanser eller også manglende fremdrift. Dette er både praktisk og uproblematisk.

I arbeidet med å sørge for at sakene ved embetet behandles likt har embetsleder videre rett til å angi hvordan loven skal praktiseres og antakelig hvilke momenter som det er relevant å vektlegge. Hvor grensene for den slags policyutøvelse går, kan være mer usikkert.

På bakgrunn av det som står i kommentaren til bestemmelsen og drøftelsen i utredningens kap. 8.2.6. (side 190 flg.), forstår vi det slik at utvalget går inn for at embetsleder også skal ha rett til å pålegge en statsadvokat å treffe påtalevedtak i en bestemt retning og med et bestemt resultat.

Spørsmålet om instruksjonsrett er ikke uten videre enkelt. Både utvalget og Transocean-utvalget har konkludert med at det pr. i dag foreligger en instruksjonsrett for embetsleder i enkeltsak. Begge steder henvises det til alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper. Videre henvises det til en avgjørelse i Høyesterett (HR-2001-1527-A–HR-2000-770–HR-2001-890) [Avgjørelse om inhabilitet for dommere i Høyesterett i plenumssak] hvor det legges til grunn at økokrimsjefen ikke har instruksjonsrett overfor den enkelte statsadvokat.

Utvalget og Transocean-utvalget knytter instruksjonsretten til to dokumenter – Riksadvokatens tilsynsrapport om Økokrim av 2012 og Riksadvokatens rapport i Monika-saken. Sitatene fra begge rapportene omhandler instruksjonsmyndigheten i generelle ordelag. Hva man kan trekke ut av disse sitatene er derfor, etter vår mening, ikke så klart som utvalget gir inntrykk av.

Utvalget legger til grunn at det er liten forskjell om embetsleder overtar behandlingen selv eller instruerer om hva som skal bli resultatet. Tolkningene av straffeprosessloven §§ 58 og 59, slik de fremkommer i utredningen kap. 8.2.6.1 side 191 er etter vår oppfatning ikke åpenbare. På side 193 første spalte første avsnitt heter det videre "Når en førstestatsadvokat utnevnes av Kongen som embetsleder, er det nærliggende å anta at lederen har de beføyelser som følger av alminnelige forvaltningsprinsipper, herunder instruksjonsmyndighet, med mindre annet er uttrykkelig bestemt."

De rettslige grunnlagene som påberopes av begge utvalg, har etter vår oppfatning svakheter. Drøftelsene sonderer ikke mellom instruksjonsmyndighet i politiet hvor påtalemyndigheten for politiinspektører/advokater/fullmektiger utledes fra politimesteren, og statsadvokatene, hvor alle har påtalemyndighet på samme nivå. Sitatet fra NOU 184: 27 inntatt på side 193 i utredningen viser at forskjellen mellom statsadvokater og førstestatsadvokater i det vesentlige er av administrativ karakter.

Videre synes ikke utvalgene å ta inn over seg at påtalevedtak har en personlig side. Det er den enkelte statsadvokat som står ansvarlig for vedtaket, ikke embetet som sådan. Vi viser i den forbindelse til riksadvokatens brev til politimesterne av 2. juli 2007 og riksadvokatens rundskriv nr. 2/2012 hvor det understrekes at kravene for å ta ut tiltale er at påtalemyndigheten – altså den tiltalekompetente – er overbevist om straffeskyld og at man må være av den oppfatning at straffeskylden kan bevises i retten.

Disse vurderingene vil etter sin art være personlig for den som kjenner sakens detaljer og kan vanskelig være gjenstand for instruksjon. Slik sett er påtalemyndigheten annerledes enn forvaltningen for øvrig.

Vi nevner at spørsmålet om at embetsleder ved Oslo statsadvokatembeter har hatt behov for å instruere om et påtalevedtak i en bestemt retning, ikke har vært aktuelt ved Oslo statsadvokatembeter. I den utstrekning behovet for å påvirke et påtalevedtak i en bestemt retning skulle oppstå, kan dette løses ved at embetsleder beslutter å overføre behandlingen av en konkret sak til en annen statsadvokat eller at embetsleder selv behandler saken.

Vi finner også grunn til å nevne at med en rett til å instruere om innholdet i en avgjørelse følger det også naturlig en plikt til å gripe inn ved innholdsmessige feil eller mangler. Oslo statsadvokatembeter traff i 2016 hele 29420 påtaleavgjørelser. Selv om langt de fleste av disse avgjørelsene i denne sammenheng er ukontroversielle, sier det seg selv at det vil være en umulighet for embetsleder å følge opp og sette seg inn i alle saker uten et betydelig støttebyråkrati.

Oslo statsadvokatembeter støtter ikke forslaget om å gi embetsleder instruksjonsmyndighet i enkeltsak. Skulle det vises seg at behovet skulle oppstå i en konkret sak, kan dette, som nevnt ovenfor, løses ved overføring av saksansvaret til en annen statsadvokat.

1.2 Kapittel 3. Mistenkte og forsvareren

For ordens skyld bemerkes innledningsvis at mistenkte også i dag har *rett til* å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken, jf. straffeprosessloven § 94 og påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd. Vår erfaring er at politiet gjennomgående er flinke til å gjøre enhver mistenkt kjent med dette forut for avhør. Dette er et viktig prinsipp og bør videreføres i ny straffeprosesslov.

Det er grunn til å påpeke at utvalgets forslag innebærer store endringer hva gjelder både rett til og plikt til å ha forsvarer som vil medføre vesentlig økte økonomiske kostnader. Vi mener utvalget overvurderer effektivitetsgevinsten ved å ha forsvarer til stede i større grad enn i dag, og da også fordi vi regelmessig opplever ett eller flere forsvarerbytter underveis. I tillegg vil en rekke av forslagene vanskeliggjøre politiets etterforskning uten at vi kan se at de eventuelle rettssikkerhetsmessige fordelene rettferdiggjør dette. Det legges, i langt større utstrekning enn i dag, opp til at den mistenkte/siktede skal ha forsvarer uavhengig av egen vilje. Det understrekes at vi ikke er mot at den mistenkte/siktede skal ha rett til forsvarer og at dette i mange tilfeller er påkrevd av hensyn til den mistenkte/siktede selv. Vi ser også at reglene med fordel kan bli tydeligere for når man *skal ha* forsvarer uavhengig av den enkeltes vilje, selv om gjeldende straffeprosesslov tar høyde for oppnevning av forsvarer når særlige grunner taler for det, jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd. Vi mener imidlertid at utvalget går for langt og at konsekvensene blir for store og at også den mistenkte/siktede kan bli skadelidende under dette. Dette vil bli nærmere kommentert i tilknytning til utkastet §§ 3-11, 3-12 og 3-2. Høringssvaret må sees i sammenheng hva gjelder disse bestemmelsene.

1.2.1 § 3-1. Mistenktes rettigheter

Til § 3-1 første ledd:

Utvalget foreslår å gå vekk fra siktet-begrepet og kun benytte mistenkt-begrepet. Det oppstår i den forbindelse en rekke spørsmål som Oslo statsadvokatembeter mener må besvares. For det første er det noe uklart hva utvalget legger i mistenkt-begrepet. For det andre er det ikke utredet hvilke økonomiske og administrative konsekvenser en slik endring vil ha.

Det bemerkes innledningsvis at vi ikke ser at det er behov for å endre gjeldende rett. Siktet-begrepet er godt innarbeidet og fungerer etter vårt syn tilfredsstillende.

Til støtte for sitt syn argumenterer utvalget blant annet med at de som er gjenstand for skjult etterforskning, ikke får status som siktet. Dette er en praktisk løsning nettopp for å hindre at de skal varsles om pågående etterforskningsskritt. Etter utvalgets forslag erstattes dette med at de får status som mistenkt som ikke skal underrettes. Dette kan gjennomføres uten at man går vekk fra siktet-begrepet som sådan.

Etter utkastet defineres "mistenkte" som den forfølgningen retter seg mot. I utredningen på s. 550 fremgår det at dette skal forstås som etter gjeldende rett. Mye tyder på at vi har felles forståelse av begrepet, men henvisningen til Rt. 1997 s. 138 på s. 204 i utredningen kan tyde på at utvalget legger en strengere norm til grunn enn det som tradisjonelt har vært ansett som mistenkt etter norsk rett. Denne forståelsen forplanter seg i de spesielle motivene til § 14-10 hvor det henvises til at underretning skal gis til den tiltaket er "rettet mot" og hvor det i de spesielle motivene til bestemmelsen på s. 600 fremgår at dette er de som er "vesentlig berørt". Etter vår oppfatning har det tradisjonelt vært en lav terskel for å karakterisere en person som mistenkt, og vi antar at utvalget har ment det samme. Under henvisning til det foranstående er dette imidlertid noe uklart.

Dersom en legger den tradisjonelle forståelsen av mistenkt-begrepet til grunn, er det på det rene at langt flere enn i dag vil omfattes av bestemmelsene som i dag er forbeholdt de siktede. Slik vi leser forslaget, mener utvalget at flere enn de som i dag anses som siktet har behov for et bedre prosessuelt vern. Konsekvensene av dette er imidlertid ikke tilstrekkelig utredet. Blant de særlige rettighetene siktede har etter gjeldende rett er:

- Anses som part ved rettsmøter
- Krav på varsel til rettsmøtene (§ 86)
- Rett til å være til stede og uttale seg (§§ 243 til 245)
- Plikt til å møte etter innkalling (§ 85)
- Kan avhentes med tvang til rettsmøter (§ 88)
- Rett til forsvarer på det offentliges bekostning (§ 96 flg)
- Omgjøringsfrist ved klage over henleggelse. (§ 59 a)
- Erstatning i anledning forfølgning (§§ 444 til 447)

Særlig vil rett forsvarer på det offentliges bekostning få store økonomiske konsekvenser. I tillegg vil begrepsendringen også få betydning i forhold til foreldelsesreglene.

For det tilfelle man ønsker å utvide kretsen av siktede, kan dette eventuelt gjøres ved å utvide begrepet på linje med "charged-begrepet" i EMK. Dersom man velger å slå sammen begrepene, oppstår det også spørsmål om hva man skal kalle de som "ikke er mistenkt nok" også etter ny definisjon.

Til § 3-1 andre ledd:

Bestemmelsen inneholder en rekke rettigheter som tilligger en mistenkt. Det fremgår av utredningen at oppregningen ikke er ment å være uttømmende. Dette burde også fremgå av selve bestemmelsen.

1.2.2 § 3-3. Utøvelse av partsrettigheter for personer under 18 år og andre under vergemål

Utvalget foreslår at mistenkte over 15 år selv kan utøve sine partsrettigheter. Dette er i tråd med tilsvarende regler for fornærmede etter gjeldende rett. Vi har betenkeligheter til dette.

I Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte) uttaler departementet "*Videre synes situasjonen for mindreårige siktede, som utvalgets forslag bygger på, ikke helt parallell. Når en mindreårig risikerer å bli dømt til straff, er det en nødvendig rettssikkerhetsgaranti at den mindreårige ikke har partsrettigheter alene. Straffeprosessen er ikke rettet mot den*

fornærmede på samme måte. På denne bakgrunn går ikke departementet inn for å gi vergen prosessuelle rettigheter ved siden av mindreårige fornærmede. Et annet spørsmål er hvem som bør utøve de rettigheter som tilkommer mindreårige fornærmede. Det kan anføres viktige grunner for at fornærmede over 16 år bør kunne utøve sine prosessuelle rettigheter uten hjelp fra vergen, i hvert fall i saker om integritetskrenkelser. For eksempel er det ikke gitt at foreldre bør gis innsyn i straffesaksdokumenter i saker om seksuallovbrudd etter at fornærmede har fylt 16 år.

...

Men en fornærmet eller etterlatt i alderen fra 15 til 18 år skal kunne utøve rettighetene selv, dersom de ønsker det. Velger en mindreårig fornærmet eller etterlatt å selv utøve sine straffeprosessuelle rettigheter, kan ikke vergen samtidig utøve de samme rettighetene."

Slik vi forstår reglene om partsrettigheter i tilknytning til fornærmede, innebærer dette at den som er over 15 år selv kan utøve sine partsrettigheter og at dette blant annet gjelder hvem som kan få innsyn i straffesaksdokumentene.

I tilknytning til mindreårig mistenkt/siktet over 15 år er det etter vårt syn uheldig om vedkommende selv kan stenge for at foreldre eller andre verger skal få kunnskap om og innsyn i straffesaken. Etter utvalgets forslag § 13-6 fremgår det ikke eksplisitt at verger skal varsles om anmeldelse og etterforskning og videre i § 31-2 fremgår det ikke at retten skal varsle eventuelle verger om rettsmøter. I utkastet § 10-6 fremgår at en verge "som regel" skal gis anledning til å delta i avhør. Det fremgår ikke om dette også gjelder i de tilfeller der den mistenkte selv velger å utøve sine partsrettigheter. Det er etter vårt syn viktig at politiet har anledning til å varsle foreldre eller andre verger om at et barn på 15 år er mistenkt i en straffesak. Som det fremgår av de siterte forarbeidene, mente departementet den gang at situasjonen om utøvelse av partsrettigheter stilte seg annerledes overfor en mindreårig siktet.

Til forslaget om at den mistenkte/siktede over 15 ikke skal kunne utøve partsrettigheter dersom vedkommende "av andre grunner ikke er i stand til å ivareta sine interesser", er det uklart hva som ligger i dette. I de spesielle motivene står det kun at dette skal forstås nokså snevert. Dersom reglene endres i tråd med forslaget, må det utdypes hvilke tilfeller man tenker er aktuelle.

1.2.3 § 3-7. Forsvarerens oppgaver

Til bestemmelsens annet ledd bokstav c mener vi at reglene i straffeprosessloven § 93 første ledd og påtaleinstruksen § 8-4 må videreføres.

1.2.4 § 3-10. Forsvarerens taushetsplikt

Til § 3-10 andre ledd:

Bestemmelsen er en videreføring av straffeprosessloven § 106a annet ledd, som igjen bygger på forvaltningsloven § 13b annet ledd. Vi mener at en videreføring av bestemmelsen er uheldig dersom det innebærer at forsvarere kan dekke seg bak denne bestemmelsen om de lekker straffesaksdokumenter til pressen, slik at pressen får tilgang til straffesaksdokumenter de egentlig ikke skulle hatt tilgang til. Bestemmelsen er laget for sivile saker og tar - etter vårt syn - ikke høyde for de forskjeller som er mellom sivile saker og straffesaker. Det å ivareta en klients tarv i sivile saker er ikke det samme som i straffesaker. I straffesaker vil klienten ikke sjelden være skyldig i en straffbar handling og behovet for å ivareta klientens tarv er dermed som oftest alltid tilstede. Det er neppe tilsiktet av lovgiver at en forsvarer kan lekke til pressen

de straffesaksdokumentene han mener er opportunt for hans klient at media får tak i. Da er det i realiteten ingenting igjen av taushetsplikten. Det bør derfor presiseres at bestemmelsen ikke kan brukes til å fremme sin klients sak i det offentlige rom. Eventuelt kan bestemmelsen i sin helhet fjernes da det vel neppe er noen situasjoner hvor den kan tenkes fornuftig anvendt. Har klienten også en sivil sak gående, kan for øvrig bestemmelsen i forvaltningsloven brukes i den sivile saken.

1.2.5 § 3-11. Forsvarer under hele saken

Utvalget foreslår å innføre regler om at mistenkte *skal ha forsvarer under hele saken* i gitte tilfeller og det er etter utvalgets forslag ikke anledning til å gi avkall på forsvarer, jf. utkastet § 3-21. Disse reglene må sees i sammenheng. Det kan synes som om utvalget ikke har tatt i betraktning at en stor del av etterforskningen, herunder avhør, foretas på stedet for en mulig straffbar handling. Dette er også kjernen i "Politiarbeid på stedet".

Bestemmelsen som foreslås har etter vårt syn en rekke svakheter idet den innfører skjønsmessige vurderinger for når plikten inntre og hvor konsekvensene av mulige feilvurderinger kan være store. I tillegg gjelder den altså under hele saken, hvilket vi si at politiet ikke vil kunne ta avhør av noen av de aktuelle mistenkte uten at de har en forsvarer til stede. Straksavhør vil således være umulig i disse tilfellene. Det er verdt å merke seg at dette også kan være en ulempe for den mistenkte. Vedkommende vil ikke få mulighet til selv å forklare seg om sin tilknytning til eventuelle straffbare forhold, selv om vedkommende selv ønsker dette. Utvalgets forslag innebærer at politiet ikke kan ta imot forklaringer fra mistenkte uten at han eller hun er representert med forsvarer.

Til § 3-11 første ledd bokstav a

Det foreslås at en mistenkt under 18 år alltid skal ha forsvarer *under hele saken* dersom det er aktuelt med ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff. Videre forstår vi utkastet § 3-21 dithen at en mistenkt under 18 år aldri kan gi avkall på forsvarer. Det fremgår av utredningen på s. 219 – i tilknytning til utkastets § 3-12 – at det ikke er tilstrekkelig med teoretisk mulighet og at det avgjørende er hvordan politi og påtalemyndighet til enhver til vurderer reaksjonsspørsmålet. Dette innebærer at for å kunne vurdere om politiet har anledning til å ta avhør av den mindreårige på stedet uten at forsvarer er til stede, må politiet og eventuelt jourhavende politijurist først vurdere om det er aktuelt med ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff. Videre er det en rekke momenter som inngår i en vurdering av reaksjon, herunder tidligere domfellelser og forelegg, som tilsier at politiet må foreta en rekke undersøkelser for å kunne ta stilling reaksjonsspørsmålet. Det kan være spørsmål om brudd på betinget på dom vilkår og det kan oppstå spørsmål hvor langt mistenkte har kommet i en eventuell gjennomføring av samfunnsstraff. Til det siste er dette informasjon som politiet må innhente fra kriminalomsorgen. I tillegg kommer at det ofte er uklart hva slags lovbrudd som eventuelt er begått, noe som naturligvis har stor betydning for mulig straffereaksjon. Også skadeomfanget på fornærmede kan være av vesentlig betydning for straffereaksjonen. Selv om vi er enige at særlige hensyn gjør seg gjeldende overfor en mindreårig mistenkt, mener vi at forslaget er svært lite praktisk.

Et eksempel kan anskueliggjøre hvor lite praktisk lovutkastet er på dette punkt: Sett at politiet får melding om bråk ved et utested. Når de ankommer stedet, finner de at en person er stukket med kniv. Fornærmede har dratt fra stedet og det er uklarheter knyttet til om vedkommende er skadet eller ikke. Vitner på stedet, som politiet tar straksavhør av, peker på to personer som mulige gjerningspersoner. Politiet pågriper disse på stedet og det viser seg at den ene er under 18 år. Subsumsjonen er ikke gitt i saken slik den fremstår for politiet på stedet og det er

således usikkert hva slags type reaksjon som kan være aktuell. Politiet må forut for straksavhør likevel vurdere om det er en realistisk mulighet for ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff. Dersom det er det, kan politiet ikke ta avhør av den mindreårige uavhengig av hans eller hennes eget ønske, jf. § 3-21.

Hva gjelder mistenkte over 18 år, kan politiet ta straksavhør kun dersom vedkommende gir skriftlig avkall på retten til forsvarer. Etter vårt syn er dette lite hensiktsmessig. Videre kan mulige konsekvenser av feilvurderinger eller mangelfulle vurderinger være at påtalemyndigheten ikke kan bruke det innledende avhør blant annet til konfrontasjon i retten.

Til § 3-11 første ledd bokstav c

Det foreslås at videre at rett til forsvarer korresponderer med rett til bistandsadvokat. Utvalget peker på viktigheten av likevekt. Bestemmelsen, sammenholdt med § 3-21, innebærer at den mistenkte skal ha forsvarer i disse tilfellene og at vedkommende heller ikke kan gi avkall på dette. Etter vårt syn går utvalget for langt og reglene synes lite gjennomtenkte med tanke på hvilke konsekvenser dette kan få.

Sett at politiet får melding om en familievoldssak hvor en mann skal ha slått sin kone. Politiet rykker ut og påtreffer både fornærmede og mistenkte på stedet. Det er på dette tidspunktet uklart om det er en enkeltstående hendelse eller om det er aktuelt å subsumere saken som en overtredelse av straffeloven 2005 § 282. Politiet må ta stilling til dette forut for et eventuelt straksavhør av mistenkte kun basert på den innledende etterforskningen på stedet. De konkluderer etter en samvittighetsfull vurdering der og da, med at saken vil etterforskes som mulig overtredelse av straffeloven 2005 § 282. Fornærmede har rett til bistandsadvokat og politiet er avskåret fra å ta innledende avhør av mistenkte fordi det ikke er praktisk mulig å oppnevne en forsvarer på stedet, som også må være til stede under avhøret. Dette til tross for at mistenkte selv ønsker å forklare seg for politiet. Sett at politiet på stedet vurderer at saken ikke er en overtredelse av strl. §282, men en kroppskrenkelse etter § 271. Fornærmede har da ikke rett til bistandsadvokat og politiet kan ta avhør av mistenkte uten forsvarer til stede, dersom han skriftlig samtykker til dette, jf. utkastet § 3-21. Senere kommer man til at saken likevel gjelder vold i nære relasjoner. Spørsmålet blir så hvilke konsekvenser dette kan få for bruken av avhøret senere. Dette fremstår som høyst uklart.

Problemstillingen er aktuell også i dag i tilknytning til tilrettelagte avhør der fornærmede ikke er gjort kjent med sine rettigheter etter straffeprosessloven §§ 122 og 123 fordi man på tidspunktet for avhøret mente barnet hadde forklaringsplikt etter strpl. § 239 a annet ledd, annet punktum, jf. § 239. Riksadvokaten har i sine direktiver av 28. desember 2016 uttalt at vitnet i ettertid må orienteres om fritaksretten og samtykke til bruk av avhøret som bevis mot nærstående i straffesaken. Dersom tilsvarende vil gjelde i eksempelet over, må politiet gjøre mistenkte kjent med at han skulle hatt forsvarer under avhøret og eventuelt få samtykke til å bruke opplysningene i straffesaken.

1.2.6 § 3-12. Forsvarer i politiavhør av mistenkte

Oslo statsadvokatembeter har ikke motforestillinger til at mistenkte har med seg forsvarer under avhøret, ei heller til at ordningen om offentlig oppnevnt forsvarer foreslås utvidet i forhold til gjeldende rett. Dette er i høy grad et økonomisk spørsmål, men har også store praktiske konsekvenser for politiets etterforskning og da særlig for straksetterforskningen.

I likhet med utkastet § 3-11 foreslår utvalget en skjønnsmessig vurdering for når mistenkte har rett til forsvarer til stede under avhør. Dette er uheldig. Som påpekt over er det svært lite praktisk at politiet forut for avhør på stedet må foreta en vurdering av om det er aktuelt med

ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff. Utvalget foreslår at den mistenkte kan gi avkall på forsvarer etter § 3-21, men da må dette skje skriftlig. Ikke sjelden foretar politiet avhør av mistenkte per telefon. Dette vil være umulig dersom utkastets forslag innføres.

Det er også uklart hvilke konsekvenser eventuelle feilvurderinger kan få for bruken av avhøret senere. Selv om avhøret ikke nødvendigvis er innhentet på *rettsstridig måte* etter utkastet § 8-5, åpner det for atskillig prosess om spørsmålet.

1.2.7 § 3-21. Avkall på forsvarer

Bestemmelsen behandles her for sammenhengens skyld.

Utvalget foreslår at i den grad mistenkte kan gi og gir avkall på rett til forsvarer må dette gjøres skriftlig. Dette er tungvint og ikke i tråd med den teknologiske utviklingen. Avhør tas regelmessig opp på lyd og det vil i den forbindelse være god notoritet om eventuelt avkall.

Oslo statsadvokatembeter er videre uenig i at mistenkte under 18 år og mistenkte som har rett til forsvarer i medhold av utkastet § 3-11, ikke skal kunne gi avkall på forsvarer. Det vises til det som er redegjort for om dette ovenfor og hvor vi igjen vil påpeke at politiets straksetterforskning vil bli sterkt skadelidende. Hva gjelder mindreårige mistenkte, stiller vi spørsmål ved utvalgets vurderinger når den gir vedkommende partsrettigheter etter utkastet § 3-3, men likevel fratar vedkommende muligheten for å la seg avhøre uten at forsvarer er til stede.

1.2.8 § 3-13. Forsvarer ved pågrepelse og fengsling

Etter utvalgets forslag har mistenkte krav på forsvarer når det treffes beslutning om tiltak som nevnt i § 15-1 bokstav a til e. Dersom det f.eks. blir besluttet å ta beslag i passet til mistenkte, skal vedkommende ha forsvarer. Vi har ingen innsigelser til dette, men vil peke på at også dette vil medføre økte kostnader.

1.2.9 § 3-16. Forsvarer under hovedforhandling

Det foreslås å innskrenke unntakene for når mistenkte skal ha forsvarer til stede under hovedforhandling i forhold til straffeprosessloven § 96. Vi har i utgangspunktet ingen bemerkninger til dette.

Når det gjelder utformingen av utkastet § 3-16 bokstav b (bot) og d (inndragning), vil mistenkte ha krav på forsvarer etter ordlyden hvis forelegget gjelder både bot og inndragning. Videre vil eventuelt tap av førerrett gitt i forelegg i tillegg bot etter utkastets forslag gi den mistenkte rett til forsvarer under hovedforhandling. Vi foreslår at gjeldende rett her videreføres.

1.2.10 § 3-17. Forsvarer ved forenklet behandling

Vi har ingen bemerkninger til utvidelsen av retten til å ha forsvarer. Dette vil medføre økte kostnader også fordi påtalemyndigheten vil møte og prosedere straffutmålingen i større utstrekning enn i dag.

Det er grunn til å påpeke at det ikke er gjort tilsvarende unntak for retten til å ha forsvarer ved forenklet behandling som under hovedforhandling. Adgangen til forsvarer ved forenklet

behandling bør etter vårt syn, ikke være større enn under hovedforhandling og reglene på dette punkt bør likestilles.

1.2.11 § 3-22. Oppnevning av forsvarer

Ved oppnevning av flere forsvarere er det grunn til å påpeke at forsvarervervet er personlig, jf. utkastet § 3-8. Vi erfarer stadig oftere at det oppnevnes flere forsvarere i større og lengre hovedforhandlinger og hvor hensikten er at minst en av de oppnevnte da vil ha anledning til å være til stede. Likevel ser vi at andre enn de oppnevnte møter og blir oppnevnt i forbindelse med rettsmøtet. Det er grunn til å stramme inn på denne praksisen og tydeliggjøre at i de tilfeller der det er oppnevnt flere forsvarere, forutsettes det at det er en av de oppnevnte som møter.

1.3 Kapittel 4. Fornærmede og bistandsadvokaten mv.

1.3.1 Generelt om fornærmedes stilling i straffeprosessen

Gjennom den såkalte «fornærmede-reformen» i 2008 ble fornærmedes og etterlattes stilling i straffeprosessen betydelig styrket. Straffeprosessutvalget går i all hovedsak inn for å videreføre de fornærmedes og etterlattes rettigheter. Det foreslås enkelte justeringer i bistandsadvokatorordningen, og utvalget mener at det prosessuelle skillet mellom fornærmede og etterlatte med og uten bistandsadvokat bør avskaffes. Ordningen med private straffesaker foreslås ikke videreført. Oslo statsadvokatembeter slutter seg til de fleste av utvalgets forslag som gjelder fornærmede, etterlatte og bistandsadvokater, men finner grunn til å komme med enkelte bemerkninger.

1.3.2 Fornærmedes forfølgingsrett

I utredningens kapittel 24 går et enstemmig utvalg inn for å avskaffe ordningen med at fornærmede skal ha adgang til å reise privat straffesak. Oslo statsadvokatembeter slutter seg til utvalgets syn om at strafforfølgning bør være en ren statsoppgave, og vi gir derfor vår støtte til forslaget om ikke å videreføre ordningen med private straffesaker i den nye straffeprosessloven.

Vi kan ikke se at det skal være noe behov for å opprettholde ordningen som en slags «sikkerhetsventil» i de tilfellene påtalemyndigheten velger ikke å straffeforfølge et forhold. Den fornærmede står på ingen måte rettsløs tilbake dersom påtalemyndigheten velger å avslutte strafforfølgningen. Ved at påtalevedtak kan påklages til overordnet påtalemyndighet, er fornærmede gitt en mulighet til å få en ny prøving av vedtaket. Dermed er det slik at den som mener seg krenket, kan ivareta sine interesser ved å reise sivil sak etter tvisteloven og derigjennom prøve å få en økonomisk kompensasjon.

Det er vår oppfatning at ordningen med private straffesaker, som påpekt i et innspill fra Oslo tingrett til Domstolsadministrasjonens regelutvalg, i praksis stort sett bare imøtekommer kverulanters behov. Kverulantene vil enten være en som mener seg utsatt for en straffbar handling, eller unntaksvis dennes advokat. Slik sett fyller ordningen ikke noe praktisk behov.

Man kan innvende mot avskaffelsen av ordningen at den innførte henleggelsesadgangen etter straffeprosessloven § 62 a, som foreslås videreført i en noe omarbeidet form i utkastets § 28-2, kan tale for å opprettholde en subsidiær strafforfølgingsadgang for fornærmede. En subsidiær påtalerett vil imidlertid lett innebære en anerkjennelse av den fornærmedes rett til å hevne en begått handling. Et slikt syn er etter vår oppfatning ikke forenlig med dagens

oppfatning av hvorfor man anvender straff. Oslo statsadvokatembeter slutter seg til Straffeprosesslovutvalgets syn om at påtalemyndigheten med sin uavhengighet er best egnet til å forvalte det betydelige ansvaret det er å anklage noen med påstand om straff og å føre straffesaker på samfunnets vegne.

1.3.3 Bistandsadvokat ikke lenger bestemmende for prosessuelle rettigheter

Utvalget går i pkt. 10.3.3 inn for at alle fornærmede og etterlatte bør ha like rettigheter uavhengig om de har bistandsadvokat eller ikke. Riktignok påpekes det i utredningen at enkelte av disse rettighetene bare kan utøves av en profesjonell aktør. Oslo statsadvokatembeter er enig i at dagens ordning – hvor oppnevning av bistandsadvokat er avgjørende for rettighetene – kan virke noe tilfeldig. Som påpekt i vår bemerkning til utkastets § 35-4 om avhørsrekkefølgen i en hovedforhandling, bør påtalemyndigheten avgjøre om fornærmede bør avhøres før tiltalte. Dagens ordning er som kjent at det i utgangspunktet er avgjørende for avhørsrekkefølgen hvorvidt den fornærmede har bistandsadvokat eller ikke. Et slikt kriterium er ikke egnet til å avgjøre avhørsrekkefølgen. Det kan ofte være grunn til å avhøre også en fornærmet uten bistandsadvokat før den tiltalte.

Ved generelt å gi fornærmede og etterlatte med og uten bistandsadvokat de samme rettigheter, og å la oppnevnte bistandsadvokater utøve mange av rettighetene, synes det fornuftig, som foreslått av utvalget, å samle reguleringene i dagens lovs kapittel om fornærmede og etterlatte (Kapittel 8 a) og kapittelet om bistandsadvokaten (Kapittel 9 a) i et felles kapittel i den nye straffeprosessloven.

1.3.4 Definisjonen av fornærmede – utkastet § 4-1

Straffeprosesslovutvalget foreslår å gi en legaldefinisjon av begrepet «fornærmede». Selv om påtale ikke lenger er avhengig av fornærmedes begjæring, er det knyttet en del rettsvirkninger til det å ha status som fornærmet, og følgelig bør det gis en definisjon som i størst mulig grad gir veiledning for om en person har slik status eller ikke. Også Straffelovkommisjonen foreslo i sin tid å gi en definisjon av fornærmede i lovs form. Straffeprosesslovutvalgets forslag skiller seg imidlertid fra kommisjonens forslag ved at man nå ikke har tatt med det elementet som i juridisk teori, jf. Andenæs og Myhrer: Norsk straffeprosess (2009) side 83 og side 85 flg., har vært pekt på som i stor grad bestemmende, nemlig om vedkommende innehar den interesse som er krenket gjennom den straffbare handlingen. Denne læren er lagt til grunn av Høyesterett i en rekke avgjørelser, jf. Straffelovkommisjonens delutredning V i NOU 1992: 23 side 246 med henvisninger. I Straffeprosesslovutvalgets utkast foreslås at den fornærmede «er den som er direkte krenket ved den straffbare handlingen». Hvilken interesse det enkelte straffebud verner om, synes gjennom den foreslåtte definisjon å komme noe i bakgrunnen; oppmerksomheten vil med den foreslåtte definisjonen rettes mot om den som pretenderer å ha status som fornærmet, selv opplever å være krenket. Dette er selvfølgelig et relevant moment, men det kan likefullt være grunn til å gi en definisjon som også viderefører interesseteorien, slik som for eksempel Straffelovkommisjonen gjorde i sitt forslag i NOU 1992: 23.

1.3.5 § 4-5. Bistandsadvokatens oppgaver

Bistandsadvokatordningen har vist seg å bli svært kostbar. Det er derfor positivt at Straffeprosessutvalget foreslår enkelte tiltak som kan bidra til å redusere omkostningene og som samtidig ikke svekker ivaretagelsen av de fornærmedes og etterlattes interesser. Utvalget skriver i pkt. 10.3.6 at dagens lov åpner for å skjære til bistandsadvokatoppdraget ut fra behovet til den enkelte fornærmede. Hjemmelen for en slik tilskjæring er ikke åpenbar i den gjeldende straffeprosessloven, og i praksis er domstolene svært tilbakeholdne med å legge

begrensninger på bistandsadvokatenes arbeid. Det er vår erfaring at denne tilbakeholdenhet også gjelder bistandsadvokatenes deltakelse i rettsmøter, som er svært kostbar for samfunnet. Det er derfor positivt at utvalget foreslår å tilføye ordene «i nødvendig utstrekning» når det gjelder bistandsadvokatenes deltakelse i rettsmøter, jf. utkastets § 4-5 annet ledd bokstav c). Lovutkastet er imidlertid på dette punkt ikke klart nok med hensyn til hvem som har kompetanse til å avgjøre hva som utgjør «i nødvendig utstrekning». Selv om bistandsadvokaten er oppnevnt av retten, kan lovens ordlyd forstås slik at det er opp til bistandsadvokaten selv å avgjøre behovet for tilstedeværelse i retten. Lovens ordlyd bør derfor endres noe. En mulig formulering kan være som følger: «i den utstrekning retten finner det nødvendig, ta del i rettsmøter...». I de spesielle motivene er det på side 558 første spalte nevnt at det under saksforberedelsen bør søkes avklart hvilken tilstedeværelse som er nødvendig for ivaretagelsen av oppdraget. En slik avklaring bør naturligvis aller helst skje under saksforberedelsen, men det må også være adgang for retten til å treffe beslutninger om bistandsadvokatenes tilstedeværelse i løpet av hovedforhandlingen, noe som bør fremgå av motivene til bestemmelsen.

I utkastets § 4-5 annet ledd bokstav f) nevnes det som en oppgave for bistandsadvokaten å motta underretning om rettsavgjørelser. Avgjørelser i klagesaker som gjelder påtalevedtak, jf. utkastets § 29-9, er ikke tatt med i paragrafen. Slike klager fremmes ofte av bistandsadvokaten på vegne av fornærmede. Oslo statsadvokatembeter mener derfor at avgjørelser i klagesaker, der klagen er fremmet av bistandsadvokaten, bør tilføyes i § 4-5 annet ledd bokstav f).

Som aktører i særreaksjonssaker og forvaringssaker opplever vi ved Oslo statsadvokatembeter at det blant strafferettspleiens aktører hersker en stor grad av usikkerhet om bistandsadvokatenes rolle på stadiet for forlengelse av dommer på særreaksjoner og forvaring. I noen saker blir bistandsadvokat oppnevnt, men i de fleste saker involveres de ikke. Det følger av forskrift om gjennomføring av særreaksjoner at dersom det er av stor betydning for fornærmede og etterlatte i straffesaken å få kjennskap til tidspunktet for løslatelse, skal den eller de fornærmede på forhånd varsles. Vi antar at varslingsplikten påhviler kriminalomsorgen. Noen retningslinjer som angir hvordan påtalemyndigheten og domstolene på forlengelsesstadiet skal forholde seg til fornærmede og eventuell bistandsadvokat, er ikke berørt i utredningen og bør muligens avklares i forskrifter til straffeprosessloven.

1.3.6 § 4-8. Bistandsadvokaters taushetsplikt

Vi viser til våre kommentarer til utkastets § 3-10 annet ledd om forsvareres taushetsplikt.

1.3.7 § 4-9. Rett til bistandsadvokat

Oslo statsadvokatembeter støtter forslagene om å ta ut overtredelser av straffeloven §§ 168 og 304 fra listen over lovbrudd som gir krav på bistandsadvokat. Videre støtter vi forslaget om å tilføye § 274 (grov kroppsskade) til listen. I praksis vil behovet for bistandsadvokat i en god del slike saker imidlertid være relativt lite ettersom det kan variere mye hva som gjør kroppsskaden grov, jf. de skjønnsmessige kriteriene i § 274. I de spesielle motivene til bestemmelsen bør det derfor vises til at unntaksregelen i bestemmelsens femte ledd kan bli særlig aktuell å benytte i saker som gjelder grove kroppsskade.

Utvalget foreslår også å tilføye ransbestemmelsen (§ 327). I praksis kan ran variere mye hva gjelder grad av krenkelse for fornærmede. Mange ran ligger tett opp til tyveri, bare med den forskjell at det er blitt fremsatt en trussel om voldsbruk. Det vil bare være i et fåtall av slike ran fornærmede vil ha behov for en bistandsadvokat. Derimot vil lovbrudd som blir subsumert

som grove ran, ofte være av en slik karakter at fornærmede bør kunne få oppnevnt en bistandsadvokat. Vi foreslår derfor at utvidelsen av bistandsadvokatorordningen begrenses til å gjelde de grove ranene (§ 328).

1.3.8 § 4-11. m.fl. Oppnevning av bistandsadvokat

I første ledd foreslås det at bistandsadvokater skal oppnevnes av retten eller påtalemyndigheten og at de i hastetilfeller kan oppnevnes av en "tjenesteperson i politiet som ikke tilhører påtalemyndigheten". Det siste alternativet er helt unødvendig idet vaktordningene med jourhavende jurist i politidistriktene medfører at det alltid vil være mulig for påtalemyndigheten å foreta oppnevning.

I lovutkastet er paragrafen om oppnevning av bistandsadvokat plassert etter bestemmelsen om koordinerende bistandsadvokat. Vi foreslår at paragrafrekkefølgen gjøres om slik at oppnevningensbestemmelsen kommer først, og deretter egne bestemmelser om felles bistandsadvokat og koordinerende bistandsadvokat.

1.4 Kapittel 5. Domstolene

Ingen bemerkninger.

1.5 Kapittel 6. Innsyn

Bestemmelsene om innsyn er viktige, og behovet for klarhet og forutberegnelighet er av stor betydning for politiets etterforskning når det gjelder hvilke opplysninger det skal gis innsyn i, på hvilket tidspunkt og til hvem, i tillegg til forsvarer og bistandsadvokats oppgaveutførelse. Politi og påtalemyndighet har i utgangspunktet en ganske streng taushetsplikt når det gjelder opplysninger som regelmessig er en del av sakens opplysninger, herunder om noens personlige forhold (jf. bl.a. politiregisterloven § 23 og straffeloven (2005) § 209). I tillegg vil en del straffesaker typisk inneholde opplysninger som det ikke engang er kurant å stille spørsmål om under hovedforhandling, jf. strpl. §134 første ledd 2. og 3. punktum. I tillegg vil rene etterforskningsmessige hensyn tilsi at det er behov for å kunne regulere innsyn i sakens opplysninger på forskjellige stadier av etterforskningen.

Oslo statsadvokatembeter legger til grunn at bestemmelsene i kap. 6, med unntak av §§ 6-8 og 6-11, ikke gjelder ved skjult etterforskning.

Straffeprosessutvalget foreslår et eget kapittel om innsyn i straffesaker og betydelige omstruktureringer i regelverket, dels for å gjøre reguleringen lettere tilgjengelig, dels av hensyn til forutberegnelighet for aktørene og personer som gir opplysninger til politiet. Innholdet i gjeldende bestemmelser og praksis videreføres i det vesentlige, ifølge utvalget. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er flere av disse forutsetningene i praksis ikke fulgt opp i lovforslagene.

Vi har i utgangspunktet ingen innvendinger mot at "sakens dokumenter" endres til "sakens opplysninger", selv om begrepene i utgangspunktet ikke er synonyme. Selve dokumentbegrepet er ikke lenger representativt for hva som omfattes av en straffesak, og begrepet opplysninger er mer i samsvar med senere rettsutvikling, herunder om elektronisk kommunikasjon og beslag. Det er imidlertid fortsatt av stor viktighet å avgrense hva som vil

være "sakens opplysninger", på samme måte som behov for avgrensninger av hva som etter gjeldende straffeprosesslov er å anse som "sakens dokumenter".

Det foreslås en bestemmelse som åpner for noe større tilgang til sakens opplysninger for pressen enn etter gjeldende lov. Dette medfører etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning et åpenbart behov for å klarlegge hva som ligger i begreper som "presse" og "journalist"; tilsvarende klarlegginger som vil være viktige for praktisering av regler om forklaringsfritak og bevisforbud begrunnet i kildevern i kap. 8 og 9. Det tradisjonelle mediebegrepet er i stor endring. Det etableres nye former for informasjonsdeling, organisering, uavhengighet, inntjening og konkurranse, med svært varierende formelle og reelle krav til seriøsitet, til redaktøransvar, til objektiv formidling og til pressens vær-varsom-plakat. Enhver som f.eks. sender meldinger på Twitter, har en Facebook-profil eller blogg kan formentlig pretendere å drive journalistisk virksomhet. Utvalget redegjør for en tradisjonell oppfatning av pressebegrepet gjennom en henvisning til dagens strpl. § 125, men tar ikke hensyn til de senere års endringer i mediebildet, utover det skjønner det legges opp til i punkt 13.4.3.

I utkastets § 6-1 første ledd gis rett til innsyn, med mindre unntak finnes i kapittel 6. En uttømmende unntaksadgang er uheldig av flere årsaker. For det første vil den hindre og begrense nødvendig rettsutvikling uten å gå veien om ny lovgiving. Dessuten vil det kunne tenkes utilsiktede virkninger i tilfeller man ikke forutser ved lovgivningstidspunktet, blant annet som følge av teknologisk utvikling, endringer i kriminalitetsbildet og eventuell endret praksis ved EMD.

Det vil i mange tilfeller være et større behov for å beskytte nasjonal sikkerhet, politiets etterforskningsmetoder og vitner, samt på forskjellige stadier hensynet til en pågående etterforskning, enn hensynet til innsyn for sakens parter, pressen eller "enhver". Kravene til sikkerhet og forutberegnelighet for at innsyn ikke skal gis er etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning ikke godt ivaretatt ved utvalgets forslag til flere av bestemmelsene.

Etter gjeldende rett er regler om utlån og gjennomsyn av saksdokumenter for allmennheten i verserende straffesak gitt i påtaleinstruksen §§ 16-5 og i politiregisterforskriften § 27-2. Utgangspunktet under etterforskningen er utlån når særlige eller saklig grunn foreligger og antas ubetenkelig for sakens videre behandling. I forslaget til § 6-3 endres utgangspunktet til en rett til innsyn, hvor det er unntaket som krever begrunnelse.

Som mange andre steder i utvalgets lovforslag legges det opp til mer prosess om prosessen ved bruk av skjønnsmessige begreper for avgjørelser som motivene selv ikke gir god avklaring på, eksempelvis ved unntak fra unntakene i § 6-1 (2) og § 6-5 bokstav a. Når det i forslag til § 6-3 annet ledd skal gis innsyn for enhver, herunder pressen, når det er "ubetenkelig", åpner det for prosess om forståelsen av begrepet. Det heter under punkt 12.4.4 *"Tungtveiende samfunnsmessige hensyn, og da særlig pressens behov for å kunne kontrollere rettspleien, taler etter utvalgets syn for at terskelen for å gi innsyn i straffesaksmateriale senkes noe, såfremt det ikke vil kunne skade den videre behandlingen av saken. Utgangspunktet for påtalemyndighetens vurdering av en begjæring etter utkastet § 6-3 annet ledd annet punktum skal som i sitatet ovenfor være den bredere samfunnsinteresse, herunder pressens arbeidsbetingelser."*

Det er svært forskjellige hensyn som ligger bak bestemmelsene om offentlighet i tvisteloven og i straffeprosessen, så sammenligningen bør ikke trekkes for langt. Utvalget har vist til avgjørelse i Rt. 2013 s. 374 og Rt. 2015 s. 1467 som en begrunnelse for meroffentlighet i straffesaker. Dette er saker som i liten grad har overføringsverdi for omtrent alle andre

straffesaker hvor lite eller ingens samfunnsinteresse tilsier innsyn på bekostning av hensyn til taushetsplikt og personvern. Det vises til Rt. 2015 s. 1467 avsnitt 67 flg. Begge saker var avsluttet, enten ved fellende dom for mer enn 30 år siden eller henleggelse.

Det er noe forunderlig at utvalget har kommet til at vurderingen av terskelen for hva som er ”ubetenkelig”, skal være annerledes for opptak fra rettsmøter enn for sakens øvrige opplysninger. For opptak fra rettsmøter skal det foreligge samtykke fra domstolen, og innsyn skal rent unntaksvis skje utenfor domstolen. Dette på tross av at det alt vesentlige av rettsmøter er offentlige. I flertallet av straffesaker vil politiets etterforskningsopplysninger også inneholde informasjon som viser seg å være irrelevant for skyld- eller straffespørsmålet når etterforskningen er avsluttet. Ved domstolens behandling antas partene i langt større grad å konsentrere saken til det som er relevant. Isolert sett skulle dette tilsi en større adgang til innsyn i opptak av saksrelevante opplysninger fra rettsmøter enn opplysninger fra politiets etterforskning.

Utvalget skriver *”Utgangspunktet for domstolens vurdering bør være om innsyn er ubetenkelig, men det må også kunne tas hensyn til forhold utover dette. Blant annet må domstolen kunne vurdere om behovet for innsyn er så stort at det bør settes av ressurser til en eventuell redigering av opptaket. For best å fange den brede vurderingen som skal foretas, bør loven kreve domstolens «samtykke» før innsyn gis.*

For å redusere spredningsfaren bør dessuten tilgangen til opplysningene begrenses ved at de som det klare utgangspunkt kun skal gjøres tilgjengelig hos domstolen, uten at det gis anledning til å kopiere opptaket. Hensynet til at mistenkte og aktørene i alminnelighet må kunne påregne at de er ferdige med saken når dommen er rettskraftig, taler for en slik løsning.”

Flere av de samme betenkelighetene gjør seg gjeldende også for opplysninger fra etterforskningen.

Praktisering av bestemmelser om innsyn, ofte av skjønnspreget art, medfører særlig i mer omfattende saker et betydelig arbeid for politi og påtalemyndighet for å avgjøre hvilke dokumenter og opplysninger det skal / kan gis innsyn i på forskjellige stadier av saken. Dette arbeidet må åpenbart gå på bekostning av politiets øvrige virksomhet, som annen etterforskning, idet kunnskap om saken tilsier at det er de samme tjenestepersoner som etterforsker saken som i det alt vesentlige vil måtte behandle spørsmålet om innsyn. Ut fra forslag til bestemmelse i § 6-9 (4), skal en nektelse, helt eller delvis, jf. tredje ledd, kunne bringes inn for retten til avgjørelse. En for vid adgang til skjønnspregede avgjørelse vil kunne ta en uforholdsmessig stor del av politiets samlede ressurser for å avklare spørsmål om innsyn, i stedet for å utføre politiets kjerneoppgaver. Oslo statsadvokatembeter er således enig i utvalgets formulering om *”Også hensynet til prosessøkonomi og effektivitet kan tale for å begrense retten til innsyn i straffesakens opplysninger. Det er ressurskrevende å besørge innsyn i saker med betydelige mengder materiale og mange aktører, noe som kan gjøre det vanskelig for myndighetene å oppfylle kravet om at prosessen skal være effektiv.”*

Utvalgets forslag til innsynsregler avviker i noen grad fra konklusjoner etter drøftinger for ikke lenge siden i Prop. 147 L (2012–2013), Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon), som igjen følger opp deler av Metodekontrollutvalgets utredning i NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll.

Prop. 147 L (2012 – 2013) inneholder forslag om utvidet adgang til å nekte innsyn i straffesaksdokumenter for å styrke vernet om kilder og informanter. Politiet og påtalemyndigheten har et stort praktisk behov for å avklare enkelte spørsmål knyttet til

innsyn, og dette er et felt hvor regelendringer etterspørres av etatene. Også Stortinget har gitt klare signaler om at det er behov for ytterligere utredning av innsynsreglene, jf. Innst. O. nr. 13 (2007-2008) om lov om endringer i straffeprosessloven (avgrensa dokumentinnsyn og provføring): *«Komiteen vil påpeke at et av de viktigste grunnkravene til en god prosessordning er å sikre rettssikkerheten. Retten til dokumentinnsyn bør derfor være så vid som mulig, samtidig som man må ivareta sikkerheten til politiets kilder og informanter. Den evnen strafferettsapparatet har til å bekjempe alvorlig kriminalitet, er avhengig av at informanter og kilder kan føle seg sikre på at de kan gi informasjon til politiet uten at de setter seg selv eller sine nærmeste i fare.*

Komiteen er også enig i at man – i tillegg til vern av kilder og informanter – har behov for å skjerme andre sider ved etterforskningen. Dette kan være metodebruken til politiet eller samarbeid med andre lands myndigheter. Komiteen vil påpeke at det vil være uheldig om andre lands myndigheter vegrer seg for å utlevere informasjon til Norge i frykt for at norsk lovgivning ikke gir godt nok vern mot innsyn. [...]»

På den bakgrunn støttet komiteen det framlagte forslaget om å begrense retten til innsyn i inngangsinformasjon og dokumentene i en innsynssak.

Regler om taushetsplikt ved utlevering til allmennheten i straffesak ble vedtatt i lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) § 34. Utredningen del V omfattet ellers bestemmelser om bruk av overskuddsinformasjon, oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk, anonym vitneførsel, pressens rett til kildevern og advokaters taushetsplikt i straffesaker.

1.5.1 Gjenstand for innsyn

Uavhengig av om man benytter begrepene "sakens dokumenter" eller "sakens opplysninger" er det viktig å avgrense hva som omfattes av saken, og således er gjenstand for innsyn. Høyesterett har de senere år formulert seg noe ulikt om hvilke dokumenter som inngår i saksdokumentene. I Rt. 2007 side 1435 (avsnitt 29) uttalte førstvoterende på vegne av flertallet at begrepet sikter til *«dokumenter som er blitt til eller skaffet til veie i forbindelse med etterforskningen av de aktuelle tiltalepunkter.»* Høyesterett har understreket at tiltaltes innsynsrett omfatter *«alle dokumenter i saken uavhengig av om de er påberopt som bevis av påtalemyndigheten eller inneholder opplysninger av betydning for saken»*, jf. Rt. 2008 side 1053. I Rt. 2009 side 1075 (avsnitt 29 og 33) uttalte Høyesterett under henvisning til lagmannsrettens kjennelse at *«[b]are dokumenter som er blitt til eller er skaffet til veie under etterforskningen av en sak kan anses som sakens dokumenter»* og at *«[d]e dokumenter som innhentes, opprettes og mottas under etterforskningen, inngår i sakens dokumenter ... »*. Begrepet sakens dokumenter omfatter således i utgangspunktet alle dokumenter som er blitt til eller er innhentet / fremkommet under etterforskningen av den aktuelle saken, likevel slik at det er en viss adgang til å unnta opplysninger om tips fra publikum mv. samt dokumenter som er utarbeidet som ledd i politiets og påtalemyndighetens interne saksforberedelse. Metodekontrollutvalget foreslo en viss utvidelse av dokumentbegrepet. Etter utvalgets forslag skulle saksdokumentbegrepet omfatte alle opplysninger som er fremkommet eller innhentet i løpet av etterforskningen av de handlinger mistanken eller tiltalen gjelder, slik at alle unntak skal fremgå uttrykkelig av loven. Etter utvalgets flertalls forslag ville påtalemyndigheten ikke lenger ha en skjønnsmessig adgang til å holde opplysninger utenfor saksdokumentene. Departementet gikk ikke inn for noen endring av dokumentbegrepet.

Annet ledd i utkastets § 6-1 definerer «sakens opplysninger» som all informasjon som er fremkommet som ledd i etterforskningen eller rettens behandling av saken. Uttrykket «opplysninger» skal forstås vidt og omfatter enhver informasjonsbærer, som tradisjonelle dokumenter, kart, skisser, film, elektronisk lagret informasjon og materiale fra kommunikasjonskontroll. Oslo statsadvokatembeter er av den oppfatning at forslaget om hva som skal være sakens opplysninger er alt for vidt, og at påtalemyndigheten må ha en skjønnsmessig adgang til å unnta visse opplysninger etter konkret vurdering. For det første gjelder dette opplysninger som åpenbart ikke vedkommer saken. Den teknologiske utvikling har medført en vesentlig endring i hva som beslaglegges. Tradisjonelt har politiet utvist et skjønn under ransaking, ved at bare gjenstander som antas å ha betydning for saken, blir nærmere undersøkt eller beslaglagt. Alt annet som ikke antas å ha betydning for saken, forblir på stedet eller tilbakeleveres. Nyere etterforskning medfører undersøkelser bl.a. av datamaskiner, smart-telefoner, harddisker, servere, mv, som kan inneholde store mengder av svært forskjellig materiale, herunder en sammenblanding av informasjon av privat karakter og informasjon som kan ha betydning for straffesaken. Elektroniske beslag vil ofte også inneholde informasjon som kun relateres til andre enn mistenkte, eksempelvis familiemedlemmer, men som likevel nå er en del av beslaget hensett til arten av den beslaglagte gjenstand. Slik Oslo statsadvokatembeter ser det, bør påtalemyndigheten ha en skjønnsmessig adgang til å unnta opplysninger som åpenbart ikke vedkommer saken fra sakens opplysninger og således også innsyn. En motsatt løsning vil medføre spredning av privat informasjon som ikke vedkommer saken, eventuelt også om personer som ikke vedkommer saken, til mistenkte og andre som gis innsyn. Dette må i tillegg harmoneres med ordinære regler om taushetsplikt.

Videre må påtalemyndigheten ha en adgang til å unnta beslag av kryptert informasjon fra innsyn, både under etterforskningen og etter rettskraft, når krypteringen ikke kan oppheves. Det er intet upraktisk eksempel at politiet har et elektronisk beslag, som en harddisk, telefon, datafiler eller kommunikasjon, som man ikke kan dekryptere eller undersøke uten bistand fra mistenkte som har kunnskap om passord eller krypteringsnøkkel. Dersom mistenkte skal gis innsyn i slike beslag, vil det skape reell mulighet for bevisforspillelse eller fortsettelse av en straffbar virksomhet, samt hindre inndragning. Eksempelvis vil det være uheldig om beslag av terrorplaner eller barnepornografisk overgrepsmateriale lagret på en kryptert disk som politiet ikke har passord til, må tilbakeleveres mistenkte. Det vises dessuten til prinsippet som følger av Rt. 2011 s. 1061.

En mistenkt kan gjøre seg kjent med materialet som har dannet grunnlag for etterforskningen, på to måter: Foruten å kreve innsyn i dokumenter som inneholder slike opplysninger, kan han føre politiet og påtalemyndigheten som vitne og stille spørsmål om slike forhold. En kan ikke verne kilder og informanter utelukkende ved å endre innsynsreglene. I dag må slike inngangsopplysninger unntas med hjemmel i straffeprosessloven § 242 a, som har sin parallell i § 292 a om bevisavskjæring. Det er helt nødvendig å sørge for at opplysninger som den mistenkte og forsvareren ikke har anledning til å gjøre seg kjent med etter reglene om dokumentinnsyn, heller ikke senere blir kjent gjennom vitneavhør. Ved å definere inngangsopplysninger ut av saksdokumentene, løser man ikke spørsmålet om senere bevisførsel om de samme opplysningene. I stedet for å begrense hva som er *gjenstand for innsyn*, kan behovet for hemmelighold ivaretas ved å endre reglene om *unntak fra innsynsretten*. Dette er videreført i forslag til § 6-1 (2), hvor det er fremmet forslag om unntak fra innsynsretten for informasjon som stammer fra politiets forebyggende virksomhet eller som foranlediget etterforskningen. Som et utgangspunkt støttes dette av Oslo statsadvokatembeter, men dette fremstår ikke som noe mer enn et utgangspunkt, idet det igjen er foreslått et vesentlig unntak fra unntaket, som er ”med mindre den kan ha betydning for

mistenktes forsvar. Det samme gjelder opplysninger utarbeidet for intern bruk.” Det fremgår av forslaget at terskelen for hvilke opplysninger som omfattes, er ment å være lav, jf. formuleringen «kan ha» i lovutkastet, og formuleringen i de spesielle kommentarene om at "...er det usikkerhet omkring opplysningenes betydning, bør informasjonen inntas i saken".

1.5.2 Inngangsupplysninger, interne dokumenter og forebyggende arbeid

Hensynet til sikkerhet om politiets inngangsupplysninger, herunder informanter, svekkes i betydelig grad etter dette forslaget. Utgangspunktet er at disse opplysningene ikke har betydning for spørsmålet om skyld eller straff, og ikke påberopes som bevis av påtalemyndigheten. Det vil ikke eksistere noen forutberegnelighet for politiet og påtalemyndigheten når terskelen skal være så lav som utvalget legger til grunn, slik at nærmest kun pretensjonen om at inngangsupplysninger kan ha betydning for forsvaret skal medføre innsyn.

Når det gjelder sakens inngangsupplysninger er behovet for forutberegnelighet særlig viktig. Inngangsupplysninger er opplysninger som danner grunnlag mistanke og for at politiet iverksetter undersøkelser eller etterforskning, jf. strpl. § 224, 1. ledd. Som grunnlag for mistanke er opplysningen i seg selv ikke egnet for å ha betydning for mistenktes forsvar i og med at opplysningene etter sin art vil være inkriminerende og det er således ubetenkelig å unnta disse fra innsyn uten unntak. Påtalemyndighetens objektivitetsplikt tilsier dessuten at eventuelle opplysninger som skulle svekke en mistanke eller tale mot skyld eller for en mildere reaksjon vil hensyntas uten at innsyn gis.

Når det gjelder interne dokumenter fremgår i kommentarene til § 6-1: *"Slike opplysninger faller således som utgangspunkt utenfor sakens opplysninger – og dermed innsynsretten. Opplysninger som skal anses som utarbeidet for intern bruk, omfatter blant annet politiets egne vurderinger, interne påtegninger og korrespondanse, sammenstillinger som ikke er nedfelt i politirapporter, og taktiske overveielser. Se blant annet Rt. 2012 s. 1481 og Rt. 2013 s. 9, som begge gjaldt korrespondanse mellom ansatte i påtalemyndigheten og ansatte i Skatteetaten som bistod under etterforskningen. Se også Rt. 1993 s. 1077, som gjaldt statsadvokatens innstilling til riksadvokaten om påtalespørsmålet."*

I Prop. 147 L (2012-2013) under punkt 4.5.4 fremgår departementets vurdering *"Som Høyesterett påpekte i Rt. 1993 side 1077, har påtalemyndigheten et klart behov for å kunne arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger før det tas beslutninger som meddeles utad. Åpnes det for innsyn i påtalemyndighetens interne dokumenter, er det en fare for mindre åpenhet i de vurderinger som gjøres, eksempelvis ved at påtalemyndigheten vil være mer forsiktig med å gi uttrykk for tvil angående bevisene eller for øvrig være tilbakeholden med å foreta inngående vurderinger skriftlig. Etter departementets syn gjør dette hensynet seg gjeldende både for intern korrespondanse, interne notater og innstilling fra underordnet til overordnet påtalemyndighet. Dokumenter utarbeidet som ledd i påtalemyndighetens interne saksbehandling har i dag et vern mot innsyn ved at de ikke må tas inn i saksdokumentene, og departementet går inn for at denne adgangen opprettholdes. Departementet kan ikke se at mye vil være tjent på å la slike dokumenter være omfattet av straffeprosesslovens saksdokumentbegrep, og deretter åpne for unntak fra innsyn."*

Både under etterforskning og irettføring er det absolutt nødvendig med kommunikasjon internt i politiet og påtalemyndigheten, samt mellom de forskjellige nivåer i påtalemyndigheten uhindret av at det skal måtte tas hensyn til om det kan gis innsyn i denne for mistenkte eller forsvarer. Utvalget legger opp til samme krav som ovenfor om at innsyn

”kan ha” betydning for mistenktes forsvar. Det vil fremstå som uholdbart om for eksempel en forsvarer under hovedforhandling skal kunne begjære innsyn i aktors notater fra rettsforhandlingene og bearbeiding av de samme opplysninger som forsvarer har tilgang til eller utenrettslig kommunikasjon med politiet. Oslo statsadvokatembeter støtter ikke utvalgets forslag om at det skal foreligge et unntak fra at det ikke skal gis innsyn i opplysninger utarbeidet for internt bruk.

Når det gjelder innsyn i opplysninger fra politiets forebyggende virksomhet er det utvalgets forslag at samme lave terskel (”kan ha”) skal gjelde når innsyn kreves i en straffesak. Dette vil medføre et klart brudd med dagens praksis, jf. Rt. 2008 s. 1575 og Rt. 2009 s. 1075. Opplysninger fra politiets forebyggende forvaltningsvirksomhet (hjemlet i politiloven) som ikke er oversendt eller innhentet i forbindelse med etterforskningen i straffesak faller utenfor begrepene om ”sakens dokumenter” og ”sakens opplysninger” i en straffesak, men det foreslås likevel mulighet til innsyn på samme vilkår som er kommentert ovenfor. Oslo statsadvokatembeter er uenig i utvalgets forslag, som ikke virker særlig gjennomtenkt. Politiets forbyggende virksomhet vil ofte inneholde informasjon fra samarbeidende tjenester som politiet ikke selv ”eier”, og som kan være gitt med forbehold om begrensninger i bruk. Ved usikkerhet om innsyn i slik informasjon vil en nærliggende konsekvens bli begrensning eller opphør av mottak av slik informasjon. Et annet moment er at slik informasjon gjerne vil være gradert, herunder også opplysningen om at en slik sak eksisterer. Ved usikkerhet om informasjonssikkerhet vil konsekvensen åpenbart bli at tilgangen på informasjon til norsk politi vil avta eller opphøre.

Etter dagens straffeprosesslov kan tiltalte og forsvareren nektes innsyn av hensyn til rikets sikkerhet, forholdet til fremmed stat og ved begjæring eller beslutning om anonym vitneførsel, jf. §§ 264 fjerde og femte ledd og 267 første ledd. Selv om § 267 ikke viser til begrensningen i § 264 fjerde ledd om hemmelighold av hensyn til rikets sikkerhet eller fremmed stat, gjelder det samme. I forslaget til ny lov er hensynet til rikets sikkerhet og fremmed stat, jf. strpl. § 117, omformulert til grunnleggende nasjonale interesser. Det antas at ”grunnleggende nasjonale interesser” skal forstås på samme måte som i forslag om bevisforbud i § 8-2, samt i § 25-3, § 27-2 og § 31-5. Etter strpl. § 117 er det Kongen som i dag kan gi tillatelse til unntak fra vitneforbudet. Uttrykket ”grunnleggende nasjonale interesser” skal forstås som i straffeloven kapittel 17 og omfatter hensynene til Norges suverenitet, rikets sikkerhet og andre vesentlige statlige interesser, jf. merknadene til utleveringsloven § 23 a nr. 2 i Prop. 97 LS (2011–2012) på s. 64.

Etter forslag til ny § 6-4, 1. ledd bokstav a kan innsyn i opplysninger som strider mot grunnleggende nasjonale interesser unntas fra innsyn under etterforskningen, og det samme gjelder etter § 6-6 1. ledd bokstav a for avsluttet sak. Men når tiltale er tatt ut kan det kreves innsyn i slike opplysninger i medhold av § 6-5, bokstav a når slike opplysninger ”kan ha” betydning for mistenktes forsvar. Det er ikke en gang lagt opp til at det skal være noe vesentlighetskrav for at hensynet til grunnleggende nasjonale interesser skal måtte vike for hensynet til mistenktes forsvar. Det er heller ikke lagt opp til noe strafferammekrav eller alvorlighetsgrad når det gjelder tiltalen, hvilket fremstår som forunderlig. Det kan også stilles spørsmål om hva tiltalte eventuelt skal bruke slike opplysninger til for sitt forsvar når det er foreslått et absolutt bevisforbud i § 8-2 for denne type opplysninger. Vel er bestemmelsen er videreføring av strpl. § 264, 4. ledd, som lyder *”Dokumenter som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, har tiltalte og hans forsvarer bare krav på å gjøre seg kjent med i den utstrekning og på den måte som retten finner påkrevd for tiltaltes forsvar. Når særlige grunner taler for det, kan for øvrig påtalemyndigheten sette forbud mot at dokumentene blir lånt ut til tiltalte eller at de blir mangfoldiggjort.”* Forslaget

endrer utgangspunktet fra en unntaksregel om at retten kan gi innsyn i den utstrekning og på den måte retten finner det påkrevd for tiltaltes forsvar til en hovedregel om at innsyn skal gis av politiet, med adgang til å bringe en nektelse inn for retten, når et innsyn "kan ha" betydning for tiltaltes forsvar, jf. drøftelse ovenfor.

1.5.3 § 6-8. Unntak fra rett til innsyn i opplysninger som ikke påberopes som bevis i saken, eller som er fremlagt som grunnlag for bruk av hemmelig tvangstiltak

Muligheten til å bekjempe alvorlig kriminalitet blir svekket om personer som sitter på opplysninger om straffbare forhold ikke tør å stå frem. Det er nødvendig å verne informanter, og skjerme andre sider ved etterforskningen som ikke blir brukt som bevis for skyld- eller straffespørsmålet i retten. Dette dannet i sin tid grunnlaget for innføringen av § 242 a ved lov av 9. mai 2003 nr. 30. Bestemmelsen har virket i noen år, og erfaringene viser at den ikke har vært like effektiv som ønsket. Bestemmelsen foreslås erstattet av ny § 6-8.

Hensynet bak bestemmelsen motvirkes noe av forslag til ny § 28-9, hvor det skal gis underretning om påtalevedtak, herunder henleggelse ved skjult etterforskning. Unntaket i 4. ledd begrenses til tilfeller hvor det er en nærliggende fare for at underretning vil kunne skade mulighetene for senere oppklaring av saken eller av andre saker, som er en videreføring av dagens bestemmelse i påtaleinstruksen § 17-2, siste ledd (med unntak av kunnskap om politiets metodebruk som er fjernet i forslaget). Det er de samme hensyn som tilsier unntak fra innsyn i opplysninger etter strpl. § 242 a i en åpen sak som kan medføre tiltale og at det ikke skal gis underretning om skjult etterforskning i en sak som avsluttes uten positivt påtalevedtak. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning burde det i forslaget til § 28-9 fjerde ledd også gis hjemmel for å unnlate underretning når det kan medføre fare for noens liv, helse eller frihet, samarbeid med annet lands myndighet eller fare for at identiteten til en person som samarbeider med politiet blir kjent.

Det er et absolutt behov for en bestemmelse som viderefører strpl. § 242 a. I og med at det er foreslått felles regler om innsyn, vil det ikke være behov for spesialregelen i strpl. § 292 a. utover hva som fremgår av forslag til ny § 8-2. Etter dagens § 242 a kan kun mistenkte og dennes forsvarer nektes innsyn i opplysninger på nærmere angitte vilkår. Dette er en praktisk noe uheldig begrensning. En tilsvarende adgang bør utvides til også å gjelde fornærmede og bistandsadvokat. Praktiske eksempler viser at mistenkte og fornærmede ofte tilhører samme miljø eller gruppering, ofte kriminelt, og det vil således kunne være like skadelig om det er fornærmede eller mistenkte som gis innsyn. I forslag til ny § 6-8 er det ikke som i strpl. § 242 a angitt hvem som kan nektes innsyn, hvilket er en språklig forbedring. Oslo statsadvokatembeter legger til grunn at nektelse av innsyn også kan begrunnes i andre enn mistenkte og forsvarer, og at dette bør fremgå klart i lovens forarbeider.

5. ledd i strpl. § 242 a er ikke videreført i bestemmelsen, men antas å dekkes av forslag til ny § 8-2 bokstav d.

I forslag til ny § 6-4 annet ledd er det unntak fra første ledd for forsvarer for opplysninger som har vært fremlagt i rettsmøte. Det samme skal gjelde for bistandsadvokat. Det er imidlertid lagt opp til en forskjell på forsvarer og bistandsadvokat i bestemmelsens fjerde ledd, hvor kun forsvarer gis innsyn mot å avkreves taushet om opplysningene i forhold til sin klient. Mange av de samme hensyn som begrunner taushet for forsvarer kan også gjelde for bistandsadvokaten, og det vil være uheldig om taushetsbelagte saksopplysninger fra etterforskningen tilflyter mistenkte eller andre impliserte via bistandsadvokat eller fornærmede. Fornærmede vil som regel være et sentralt vitne i saken, og det er langt fra ønskelig at tilgang

til slike opplysninger kan være med på å påvirke fornærmedes vitneforklaring. Fra Oslo politidistrikt, seksjon for organisert kriminalitet har Oslo statsadvokatembeter fått fremlagt en problemstilling om klausulering av dokumenter i henhold til § 6-4 i forhold til underretningsplikten etter § 14-10. ”Dersom det har vært skjult etterforskning i en sak, og de skjulte tvangsmidlene avsluttes og saken går over i en åpen etterforskningsfase, løper en 14 dagers frist før det skal gis underretning jf. § 14-10. I innledningen av en slik åpen etterforskning vil det ofte være behov for å klausulere visse opplysninger inntil avhørsprosessen er kommet så langt at mistenkte har avgitt en fri forklaring omkring alle forhold. Man vil så gjøre ham kjent med bevis i den rekkefølgen som anses riktig. Dette vil normalt i omfattende saker ta mer enn 14 dager. I løpet av 14 dager vil en neppe rekke mer enn 1-2 avhør. En underretning vil da kunne "ødelegge" taktikken, idet man avslører hvilke metoder man har benyttet. I slike tilfeller bør behovet for klausulering gå foran underretningen, idet det ellers kan ødelegge for bruken av beviset og man får ikke fullt ut nyttegjort seg beviset på en taktisk måte.

En er klar over at § 14-10 åpner for utsatt underretning i slike tilfeller, hvor underretning vil ødelegge for etterforskningen av saken.

Men har det vært meningen at underretningsplikten skulle komme i veien for å gjennomføre en taktisk etterforskning?

Det er ressurskrevende å måtte begjære utsatt underretning for domstolene i disse tilfellene. Det kan dreie seg om flere tvangstiltak og en rekke mistenkte. Avhørsprosessen vil være ulik for de ulike mistenkte og tidspunktet for når de vil bli gjort kjent med de ulike tiltakene vil variere. Det har tidligere vært opp til påtalemyndigheten å beslutte på hvilket tidspunkt kommunikasjonskontrollen skulle åpnes eller hvor lenge opplysninger fra spaning skulle være klausulert. Nå må det altså begjæres utsatt underretning i tillegg til at det klausuleres. I tillegg kan forsvarer bestride klausulering slik at også denne må behandles av retten. Dette skaper en krevende situasjon for å få gjennomført taktiske avhør. Dette er beslutninger den polititaktiske etterforskningsleder og påtaleansvarlig bør kunne håndtere. Og som ikke bør være domstolstyrt.

Dette taler for at det enten gis en lengre frist enn 14 dager før det må begjæres utsatt underretning, slik at man har en reell mulighet til å gjennomføre en taktisk etterforskning. Eller at en finner en løsning som foreslått under, med at underretning gis til alle som har vært gjenstand for etterforskning på et felles tidspunkt når den skjulte fasen er over. Dette tidspunktet må settes slik at det ikke kommer i strid med muligheten til å gjennomføre en taktisk etterforskning med riktig bruk av resultatene fra den skjulte etterforskningen. Påtalemyndigheten må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere når tidspunktet er riktig for å underretning – eller i alle fall et visst tidsrom til rådighet til å få gjennomført de nødvendige etterforskningskritt før underretningsplikten inntreffer eller før en begjærer utsatt underretning. I den innledende fasen vil en ikke ha tilstrekkelig oversikt. Etterforskningsledelsen må gis noe tid til å skaffe oversikt og legge en plan for avhørsprosessen knyttet til de ulike mistenkte. Det minnes om at det ofte er et meget stort materiale, og mange mistenkte i slike saker. De første ukene går normalt med til fengslinger, og innledende avhør. 14 dager er alt for kort tid til å skaffe nødvendig oversikt og legge en plan for når og på hvilken måte de ulike bevisene skal presenteres i avhør for en enkelte mistenkte.”

Når det gjelder anvendelsen av dagens strpl. § 242 a, så er det statsadvokaten som fremmer begjæring til retten, men i det alt vesentlige etter innstilling fra politiet. Fra Oslo politidistrikt har man fått følgende vurdering av anvendelse av gjeldende bestemmelse: ” Strpl. § 242a brukes blant annet for å beskytte informasjon om og fra informanter for å hindre at deres identitet blir avslørt – og begjæringene i hht. denne bestemmelsen inneholder dermed noen av de mest sensitive opplysningene politiet besitter. Formålet med bestemmelsen var å gi politiet mulighet til å nyttegjøre seg informasjon i bekjempelsen av kriminalitet og samtidig kunne beskytte informanten.

I forbindelse med lovendring i 2013 ble bestemmelsen endret. Målet med endringene var å styrke vernet av informanter og skape forutberegnelighet.

Fra Prop. 147L (2012-2013) refereres departementets syn:

I mange saker er politiet helt avhengig av kilder og informanter. Det gjelder særlig i arbeidet med å nedkjempe kriminelle nettverk og ved grenseoverskridende kriminalitet. For politiet vil hensynet til informantens eller kildens liv og helse være overordnet. Når kilder og informanter blir utsatt for trusler eller vold fra det kriminelle miljøet, er det samtidig en trussel mot rettssamfunnet. Dersom kilder og informanter ikke kan føle seg trygge på at de kan gi opplysninger uten å sette seg selv eller sine nærmeste i fare, vil mange avstå fra å gi viktig informasjon til politiet. Dette kan få store følger for politiets mulighet til å oppklare alvorlig kriminalitet.

Og videre:

Departementet mener i likhet med utvalget at politiet og påtalemyndigheten må gis en videre adgang enn i dag til å holde informanters identitet utenfor innsyn. Påtalemyndigheten har i høringsrunden pekt på flere svakheter ved gjeldende § 242 a. Om bestemmelsen skal tjene sitt formål, må dette tas på alvor.

En av endringene i 2013 gikk ut på at forsvarer i straffesaken ikke skal varsles om at det foreligger i en kjennelse etter § 242a. Begrunnelsen var at selve det faktum at det foreligger en kjennelse kan være skadelig da forsvarer vil kunne forstå / trekke den slutning at det foreligger informant.

Det vises til prop. 147L (2012-2013) :

Selv om en ved å fjerne varslingsregelen ikke helt fjerner risikoen for at mistenkte kan resonnerer seg frem til at opplysninger er unntatt etter § 242 a, og kanskje også til hvem informanten er, reduseres likevel risikoen betydelig. Det veier tungt at det fra påtalehold anføres at varslingsregelen er det største hinderet for en effektiv anvendelse av § 242 a. Skal vernet av kilder og informanter bli styrket i overensstemmelse med utvalgets forslag, oppfatningen til et overveiende flertall av høringsinstansene og justiskomiteen, kan en vanskelig se bort fra disse innvendingene.

Og videre:

Som det fremgår av punkt 4.10 nedenfor, tar departementet til orde for å rendyrke den særskilte prosessen med en særskilt dommer og advokat, også med hensyn til spørsmålet om omgjøring. Når den mistenkte og forsvareren ikke er tiltenkt noen rolle ved behandlingen av innsynssaken – og heller ikke kan begjære omgjøring – er det vanskelig å se hvilken praktisk betydning et varsel til mistenkte og forsvarer vil ha. På denne bakgrunn går departementet inn for å avvike varslingsregelen i § 242 a. For å gi forslaget tilstrekkelig effektivitet, foreslås også en endring i straffeprosessloven § 127, se lovforslaget med tilhørende merknad.

Målet var altså i størst mulig grad å hindre at mistenkte fikk kjennskap til at strpl. 242a var anvendt – og dermed redusere risikoen mest mulig for at det ble trukket slutninger omkring bruk av informant i saken.

Problem:

I praksis er det dessverre ikke alltid mulig å hindre at i alle fall forsvarer vil forstå at § 242 a er anvendt. Forsvarer kjenner loven og dersom det for eksempel mangler dokumenter som han får beskjed om at han ikke har krav på, eller dersom det under vitnemål kommer frem at vitnet ikke har vitneplikt (jf. strpl. § 127), vil forsvarer normalt forstå årsaken. I andre tilfeller kan det være at påtalemyndigheten av ulike årsaker må varsle forsvarer om kjennelsen. Det kan være at forsvarer ikke forstår direkte begjærer innsyn eller ikke forstår aktors forsøk på si det "uten å si det". Dermed må aktor forklare at opplysningene forsvarer etterspør et unntatt fra innsyn. Eller det være i tilfeller hvor forsvarer allerede på et tidlig tidspunkt har varslet at han vil stille vitner visse spørsmål som aktor vet vitnet ikke har vitneplikt om. Selve den situasjonen at vitnet står der og får direkte spørsmål om forhold som det er nektet innsyn i vil under omstendighetene kunne lede mistenkte og forsvarer til å forstå hva som er unntatt. Et eksempel på en slik situasjon kan være hvor vitnet selv faktisk er informanten. Han vil da ikke ha vitneplikt om forhold som identifiserer hans rolle som informant, men i et vitnemål i retten vil dette bli indirekte avslørt dersom vitnet besvarer spørsmål for så å få spørsmål som han plutselig ikke har vitneplikt om.

Som beskrevet vil en forsvarer derfor i mange tilfeller enten forstå eller få positiv kunnskap om at det foreligger en § 242 a kjennelse.

Politiet mener at forsvarer i slike tilfeller må ha taushetsplikt - både overfor egen klient og selvsagt overfor omverden generelt.

Taushetsplikten etter strpl. § 106 a synes ikke tilstrekkelig. I utgangspunktet vil en kunne argumentere med at en persons virke som informant er et "personlig forhold" og at forsvarer således har taushetsplikt om dette. Men i praksis blir det vanskeligere dersom opplysningene ikke gjelder konkret en navngitt informant, men slik som beskrevet ovenfor kjennskap til en kjennelse etter § 242a. Videre er unntaket i 2. ledd så vidt og skjønnsmessig at det kompliserer vurderingen ytterligere idet forsvarer vil påberope seg og argumentere for at opplysningene er av betydning for å ivareta klientens tarv. Totalt sett er det krevende og høyst usikkert om retten vil konkludere med at det foreligger brudd på taushetsplikten.

Begrunnelse:

Uten slik taushetsplikt kan forsvarer fortelle og forklare sin klient – og andre, herunder media - om kjennelsen. Både den mistenkte og andre vil kunne trekke slutninger og forstå at det er en informant og i verste fall hvem som er informant. Nettopp slik som situasjonen var før da forsvarer skulle varsles.

At forsvarer i slike tilfeller ikke er underlagt en klar og tydelig taushetsplikt gjør at § 242 a ikke fungerer som tilsiktet og at en ikke kan være trygg på å beskytte informasjon selv med § 242 a kjennelse.

Selv om forsvarer ofte ikke vil vite detaljer fra selve kjennelsen, er det som nevnt tidligere tilstrekkelig å kjenne til at § 242a er brukt. Omstendighetene kan så gi grunnlag for å trekke slutninger omkring informant i saken.

Når problemet løftes fra, er det fordi dette allerede har skjedd, noe som har redusert tilliten til § 242a vesentlig blant de som jobber med informanter. I den gitte situasjonen ble forsvarer informert om at det forelå en kjennelse etter § 242a. Han bekreftet senere overfor media at det forelå en kjennelse som medførte at han ikke kunne stille et vitne spørsmål omkring

informant og inngang på sak. Utifra de nærmere omstendigheter var dette etter politiets oppfatning jevn godt med å identifisere informanten, med den fare og tap av livskvalitet som dette medfører. Kombinert med artikkelens øvrige opplysninger innebar dette en bekreftelse på at vedkommende var informant, i og med at politi og påtalemyndighet faktisk hadde tatt skritt som å innhente en kjennelse – og informasjonen var tilstrekkelig spesifikk til at personen kunne identifiseres i miljøet. Fagmiljøet finner dette svært uheldig. Den aktuelle informanten gis i dag tett oppfølging og lever under beskyttelse.

Det er politiets oppfatning at dersom § 242a skal virke etter sin intensjon må alle "hull" tettes. Slik det er i dag er det altså intet som hindrer en advokat som kjennskap til en kjennelse etter § 242a i å snakke om det. Dette står i sterk motstrid til at selve §242a-saken er gradert etter Beskyttelsesinstruksen – og at både forsvarer etter § 100 a og politiet bevarer taushet som alle opplysninger knyttet til begjæring og kjennelse etter § 242 a. Det står også i sterk motstrid til at dersom en ikke får medhold i en begjæring etter § 242a, kan politiet velge å henlegge straffesaken. Lovens system er at politiet således har kontroll på at mistenkte ikke skal få innsyn i §242a-saken.

Politiet har vurdert Politiregisterloven § 35. Denne er åpenbart ikke ment for dette tilfellet – nemlig å pålegge forsvarer taushetsplikt om en § 242 a kjennelse, men det er likevel vurdert om den kan gi hjemmel for å pålegge taushet i det slik tilfelle. Ordlyden passer dårlig, slik at dette er tvilsomt. Taushetsplikt om kunnskap om kjennelser etter § 242a må fremkomme tydelig og må ikke være avhengig av at påtalemyndigheten "husker" å gi et taushetspålegg.

Løsning:

Hvordan dette skal gjennomføres lovteknisk er imidlertid et vanskelig spørsmål.

Politiet er godt fornøyd med dagens regler når det gjelder at forsvarer i utgangspunktet ikke skal varsles. Dette innebærer at i en rekke saker blir dette rett og slett ikke noe tema, og forsvarer og mistenkte blir aldri kjent med at § 242a er benyttet. Nettopp slik som var lovens intensjon.

Spørsmålet er om dette burde suppleres med en regel om at dersom påtalemyndigheten ser at forsvarer uansett vil forstå eller vil måtte gjøres kjent med bruken av § 242a– så skal han varsles om dette og når han har fått et slik formelt varsel utløses en absolutt taushetsplikt om dette.

Alternativt at påtalemyndigheten en adgang til å pålegge taushetsplikt ved et evt. varsel – ulempen med en slik ordning er at taushetsplikten da avhenger av at påtalemyndigheten "husker" dette og at det bør utformes skriftlig for å ha notoritet. Da er det en bedre løsning at varselet utløser en taushetsplikt i hht. loven. Det krever selvsagt en form for notoritet på varselet. Dette reiser også noen spørsmål. Kjennelsen er i utgangspunktet gradert. Det er vel neppe korrekt å sende varsel i ordinært brev, og brevet (varselet) bør håndteres med forsiktighet. Disse praktiske utfordringene må være mulig å løse, evt. at varselet gis muntlig og at forsvarer kun undertegner på at han fått det. Eks: informasjonen er skriftlig og forsvarer undertegner på arket om at han er gjort kjent med innholdet.

Det er viktig at de er enkelt å dokumentere i ettertid nøyaktig hvilken informasjon som er gitt og når den er gitt – og gjerne at man er kjent med taushetsplikten. Ved evt. senere brudd på taushetsplikten må det være enkelt å kunne bevise dette.

Problem nr. 2:

En annen problemstilling som har oppstått knytter seg til begjæring om innsyn i Spesialenhetens saker. Problemet oppstår fordi politiet som leder etterforskingen med opplysninger det er nektet innsyn i mister kontrollen over opplysningene dersom disse inngår i en sak hvor Spesialenheten etterforsker politiets handlemåte i tilknytning til straffesaken. Dersom det er etterforskning rettet mot tjenestemenn for vedr. deres rolle / handlemåte i en etterforskning med informant kan opplysninger om informanten og som er egnet til å identifisere ham tilflyte Spesialenheten gjennom både innsyn i straffesaken og avhør av de involverte parter. Dersom dette er tema for Spesialenhetens etterforskning er det umulig å unngå dette. Forsvarer i den åpne straffesaken vil så kunne be om innsyn i Spesialenhetens sak. I utgangspunktet vil forsvarer i liten grad ha krav på slikt innsyn. Men det oppstår en klar fare for at Spesialenheten gir innsyn dersom forsvarer for eksempel argumenterer med at opplysningene vil kunne være av betydning for skyldspørsmålet for hans klient. Politiet er derfor av den oppfatning at loven må sikre at Spesialenheten ikke i uvitenhet gir ut opplysninger. Det kan ikke være slik at man må ta omkamp med Spesialenheten vedr. opplysninger som allerede er vurdert unntatt av retten. Faren er jo også at Spesialenheten avgjør innsynsspørsmålet uten å kontakte politiet først.

Begrunnelse:

Det strider mot bestemmelsens formål at Spesialenheten skal gi en bekreftelse gjennom innsyn i vedtak/saksdokumenter i sin sak på opplysninger det er nektet innsyn i i straffesaken. Politiet mener at det må være klart at også Spesialenheten i et slikt tilfelle må være forhindret fra gi ut informasjon som kan lede til identifisering. Det er ikke sikkert at forsvarer er kjent at det foreligger en kjennelse i hht. § 242 a. Opplysninger som tilflyter ham via evt. innsyn i Spesialenhetens sak vil således sette ham på sporet av dette. Dersom han er kjent med at det finnes opplysninger som unntatt, vil en begjæring om innsyn til Spesialenheten typisk være motivert nettopp av å prøve å få informasjonen via den saken.

Løsning:

Det er ikke lett å se hvordan dette problemet kan løses igjennom lovgivning. Problemet ligger i at opplysninger fra en straffesak inngår i en annen straffesak – og at de som leder den siste saken ikke har samme kunnskap om informasjonens sensitivitet og opphav for de som opprinnelig innhentet informasjonen.

En evt. lovregulering må ligge på et overordnet prinsipielt nivå. Kanskje i form av at "alle" som får kunnskap om en kjennelse eller § 242a eller opplysninger som det er nektet innsyn i etter denne bestemmelsen har taushetsplikt om dette.

Hvordan Spesialenheten så skal sørge for å ivareta dette blir et spørsmål om hvordan man praktisk skal sikre seg at man ikke gir ut slike opplysninger. Dette blir igjen et spørsmål om bevissthet og interne rutiner som sikrer at opplysninger ikke gis ut før man har forsikret seg om at det er uproblematisk. For å forsikre seg om dette bør / må Spesialenheten kontakte etterforskningsledelsen i straffesaken for å forsikre seg om at opplysninger som er skadelige ikke gis ut. Og det kan ikke være slik at den som har begjært innsyn skal ha innsyn i politiets svar.

Oppsummering:

Vernet av informanter er blitt bedre gjennom § 242a, men det er fortsatt ikke godt nok. Det er stort press mot dette området, blant annet har vi i den senere tiden sett at media trykker /sender informasjon som er egnet til å identifisere informanter (både NRK, TV2, Dagbladet og Nettavisen har gjort det). De anser det ikke uetisk til tross for at de blir gjort

uttrykkelig oppmerksomme på at politiet mener dekningen vil føre til fare for liv og helse. Media fraskriver seg ethvert ansvar for dette og viser til at et er politiets oppgave å ivareta sikkerheten til enkeltpersoner. Hvor media får informasjonen fra kan vi ikke vite (og det kan vi heller ikke få vite). En mulig kilde til informasjonen er også forsvarere. En klar og tydelig taushetsplikt (som det er straffbart å bryte) vil bidra i forhold til å hindre at opplysninger går til media.

Det er politiets oppfatning at det kreves ytterligere lovmessig tiltak for å styrke vernet til informanter.

Det må være på det rene at alle (Spesialenheten, forsvarer eller andre) som av en eller annen årsak mottar opplysninger om at det finnes en § 242a kjennelse og/eller innholdet i denne plikter å bevare taushet som dette. I forhold til forsvarer må dette gjelde også overfor egen klient. Vurderingen av at opplysningene ikke er av vesentlig betydning for forsvaret og at det er strengt nødvendig å nekte innsyn er allerede foretatt av retten i tilknytning til behandling av § 242a saken.

Taushetsplikt vil selvsagt ikke gi en absolutt sikkerhet, idet personer kan bryte taushetsplikten – enten bevisst eller ubevisst. Men en taushetsplikt vil virke klart oppdragende og særlig advokater vil sannsynligvis være opptatt av å ikke bli "tatt" i å bryte taushetsplikten. Taushetsplikt vil således være "forbyggende" mot at opplysningenes spres til mistenkte eller media. Dersom opplysninger kommer på avveie kan det gi grunnlag for å starte etterforskning for å avdekke brudd på taushetsplikten.

Når det gjelder medias rolle i å avsløre informanter dersom de får kunnskap om disse er dette noe vi neppe kommer til livs. Medias mulighet til å beskytte egne kilder er tilnærmet absolutt. Det er derfor litt ironisk at de ikke har den samme respekt for politiets informanter. Det eneste man kan gjøre lovmessig må være at loven understreker alvoret gjennom at alle har en streng taushetsplikt – og håpe på at det medfører at personer ikke vil / tør lekke informasjon til media."

I forslag til § 6-6, 1. ledd bokstav d kan det i avsluttet sak nektes innsyn i opplysninger som det er grunn til å frykte vil bli benyttet på urettmessig vis, noe som delvis viderefører strpl. § 28, 4. ledd. Dette er imidlertid ikke et hensyn det er anledning til å vektlegge ved vurdering av en begjæring om innsyn på etterforskningsstadiet eller etter tiltale før saken er avsluttet. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning burde en slik vurdering være relevant også ved vurdering av begjæring om innsyn tidligere, ikke minst etter § 6-3, 2. ledd. Om dette kan inngå i vurderingen av hva som er "ubetenkelig" bør i tilfelle presiseres.

I forslag til ny § 6-7 gis det adgang til å nekte innsyn i opplysninger om tvangstiltak som ikke er iverksatt. Dette burde egentlig være en selvfølge, men en positiv hjemmel vil forhåpentligvis fjerne den mulige tvil som kan foreligge etter avgjørelser i Rt. 2015 s. 520, jf. Rt. 2014 s. 1159.

I forslag til ny § 6-9, 2. ledd kreves det spesifisering av hvilke opplysninger det kreves innsyn i. Dette er formentlig også dagens rettstilstand, selv om praksis kan være annerledes. Utvalget uttaler "Mistenkte skal kunne begjære rettslig kontroll av påtalemyndighetens skjønn knyttet til avgrensning av gjenstanden for innsyn. En forutsetning for slik kontroll er at innsynsbejæringen er tilstrekkelig konkret utformet. En generelt utformet begjæring vil ikke gi krav på rettslig behandling. Dette er i tråd med praksis fra EMD, der det er lagt til grunn at en mistenkt som har gitt «specific reasons» for sitt krav om innsyn i bevismateriale, skal ha rett til å få spørsmålet vurdert av en domstol." Oslo statsadvokatembeter er enig i dette.

2 DEL 2. BEVIS

2.1 Generelle bemerkninger

Oslo statsadvokatembeter er i enige i at det er hensiktsmessig å lovfeste regler om bevis. Dette vil gjøre det enklere også for andre enn de som driver med strafferett og straffeprosess til daglig, å forstå hvilke regler som gjelder for bevisføring i norsk straffeprosess. Vi er imidlertid ikke enige i at reglene om bevis bør lovfestes i så stor utstrekning som utvalget foreslår.

Någjeldende lov har enkelte bestemmelser som regulerer hvilke bevis som kan innhentes og brukes i retten, f.eks. regler om taushetsplikt og forklaringsplikt/fritaksrett. Disse reglene suppleres imidlertid av sentrale prinsipper som det materielle sannhetsprinsipp og prinsippene om fri bevisbedømmelse og fri bevisvurdering mv. Disse prinsippene avveies ofte mot andre prinsipper i den konkrete sak og resultatet om et bevis kan brukes eller ikke vil bero på en helhetsvurdering av de foreliggende momenter. Fra tid til annen vil avveiningen bero på en lang rekke hensyn der f.eks. hensynet til sakens opplysning og viktigheten av at en alvorlig sak blir oppklart tillegges avgjørende vekt. Dette var bl. a. tilfelle i Rt. 2009 side 1526 (opptak av en samtale mellom to gjengledere i nærvær av prest på Ullersmo fengsel. Saken gjaldt forsøk på drap). Andre eksempler er Rt. 1991 side 616, Rt. 2001 side 668 (tvml.) og Rt. 2004 side 878 (tvml.) som alle gjaldt mindre alvorlige saker med videoovervåkning av arbeidsplass der beviset ble nektet ført særlig av hensyn til personvern hensyn. Vår oppfatning er at hvis videoopptakene hadde vist en voldtekt eller et drap ville beviset blitt tillatt ført nettopp fordi saken var så alvorlig og så viktig å få oppklart.

Som man ser av eksemplene ovenfor, vil avgjørelsene om et bevis skal tillates ført nødvendigvis bero på en lang rekke omstendigheter før man faller ned på et endelig resultat. Å fange opp alle de nyanser som en slik helhetsvurdering baserer seg på i en lovtekst vil være vanskelig – om ikke umulig. Etter vår mening har utvalget heller ikke fullt ut lykkes i dette. Lovutkastet er etter vår oppfatning flere steder upresist, slik at det kan lede til misforståelser.

En lovfesting av enkelte av bevisreglene vil i seg selv kunne innskrenke anvendelsesområdet på viktige praktiske områder. Vi kommer nærmere tilbake til dette under kommentarene til den enkelte bestemmelse.

Utvalget legger, etter eget utsagn, opp til i hovedsak å videreføre gjeldende rettstilstand, med enkelte viktig justeringer. Som nevnt innledningsvis oppfatter Oslo statsadvokatembeter at justeringene som utvalget kaller det, blir større enn det utvalget kanskje selv ser for seg. Vi mener at justeringene helt systematisk går på bekostning av prinsippet om fri bevisføring og det materielle sannhetsprinsipp. Dette blir særlig synlig når det gjelder reglene om bevis. (utvidet område for bevisforbud mv).

2.2 Kapittel 7. Alminnelige regler om bevis

Vi oppfatter bestemmelsen som en slags "fanebestemmelse". Til tross for dette inneholder den to fallgruver som i gitte tilfeller kan invitere til prosess om prosess i retten.

I annet ledd heter det: "*Partene skal gis mulighet til å imøtegå bevis før avgjørelsen (..)*" Dette er ment å gi mistenkte rett til kontradiksjon om sakens faktiske sider, noe Oslo statsadvokatembeter naturligvis slutter seg til.

Ordet "avgjørelsen" kan imidlertid virke misvisende. I og med at reglene om bevis gjelder både i etterforskningsfasen og under hoved- og ankeforhandling, vil den kreative leser av bestemmelsen kunne hevde at mistenkte også har en fullstendig kontradiksjonsrett i alle faser av saken, herunder etterforskningen. Vi antar at det ikke er meningen å gi mistenkte rett til fullstendig kontradiksjon i forkant av rettens avgjørelse av enkelte tvangstiltak (f.eks. ransaking og pågripelse) eller påtalemyndighetens beslutning om tvangstiltak, siktelse med tanke på innstilling om tiltale til høyere påtalemyndighet eller endelig påtaleavgjørelse.

I den forbindelse nevnes at man i de aller fleste straffesaker ivaretar en viss kontradiksjon under etterforskningen ved at mistenkte avhøres av politiet. Et politiavhør av mistenkte vil imidlertid ikke alltid være det siste som skjer i en etterforskning og mistenkte vil ikke alltid ha full tilgang til alle sakens opplysninger før politiavhør. I mange saker vil det også være slik at mistenkte ikke kan avhøres, f.eks. fordi han har unnveket. Hvis bevisbildet allikevel er tilstrekkelig, kan tiltale bli tatt ut selv om tiltalte ikke er avhørt.

Sondringen mellom rettens endelige avgjørelse og rettens og påtalemyndighetens avgjørelser under etterforskningen er så vidt vi kan se ikke konkret nevnt i utvalgets forslag, og kanskje har de ansett det som unødvendig. Etter vår oppfatning vil bestemmelsen slik forslaget er utformet, kunne skape unødig usikkerhet rundt hvor langt kontradiksjonsretten strekker seg. Forslaget illustrerer også hvor komplisert det er å lovfeste regler og rettslige standarder som i dag tolkes ved hjelp av flere rettskilder.

I tredje ledd heter det: "*Bevis skal innhentes og behandles på en måte som sikrer og bevarer bevisenes pålitelighet*". Dette er et utmerket ideal som Oslo statsadvokatembeter fullt ut slutter seg til. I utvalgets kommentar til forslaget heter det: "*Hvilke forhold og fremgangsmåter som har betydning for bevisenes pålitelighet og senere bevisverdi i saken, lar seg ikke angi generelt og uttømmende, men må avklares konkret i lys av de til enhver tid praktisk og rettslige fremgangsmåter for bevissikring*". Denne uttalelsen gir rom for en viss fleksibilitet for så vidt gjelder håndteringen av innhentet bevis.

Så vidt vi kan se, er det uklart hvilke konsekvenser det skal ha hvis dette idealet ikke er oppfylt. Etter dagens rettstilstand, som utvalget mener i hovedsak skal videreføres, vil resultatet måtte bygge på prinsippet om fri bevisvurdering. Hvis et bevis er innhentet eller håndtert på en usikker måte, vil man dermed konkret vurdere om bevisverdien er svekket og tillegge eventuelt tillegge det mindre vekt. I enkelte tilfeller vil den måten beviset er innhentet på, kunne bety at beviset ikke kan føres. Dette gjelder f.eks. der et bevis er innhentet i strid med reglene om taushetsplikt eller hvis siktede eller nærstående vitner ikke er gjort kjent med sine rettigheter på adekvat måte.

Utvalget går inn for å utvide (eller justere som de kaller det) området for bevisforbud i forslagets kap 8. Forslagets § 8-5 regulerer bevisforbud ved rettstridig innhenting og tilgang til bevis. Vi kan ikke se at spørsmålet om hvilke konsekvenser det skal ha at et bevis ikke er behandlet på riktig måte skal håndteres. Dette kan få aktualitet fordi mange bevis er forgjengelige av karakter, f.eks. is, det kan være så små mengder at alt har gått tapt ifm. Analyse, f.eks. sæd og blod, eller beviset kan være bortkommet under politiets, helsevesenets eller sakkyndiges håndtering av beviset (dette skal ideelt sett ikke skje, men det skjer fra tid til annen og vil også skje i fremtiden).

2.2.1 § 7-2. Fri bevisføring. Partenes bevilstilbud

Til første ledd:

Ingen merknader.

Til annet ledd:

Lovutkastet har en egen bestemmelse om bevisoppgave i § 34-1. Vi har ikke funnet at loven andre steder pålegger partene å gi slik informasjon. Slik vi ser det er derfor begrepet "det er bestemt i denne lov" overflødig.

Til annet ledd bokstav b): Bestemmelsen må sees i sammenheng med ønsket om en mer planlagt og fokusert prosess. Dette mener Oslo statsadvokatembeter i utgangspunktet er positivt.

Spørsmålet er hva som er tilstrekkelig begrunnelse og hva som kreves for å si at bevismidlene er godtgjort. Opplysning om vitnenes rolle gis allerede i dagens bevisoppgaver i en viss utrekning. Etter vårt syn er det rom for – og det kan være hensiktsmessig – å gi en noe mer presis redegjørelse, f.eks. ved å skrive om vitnet er øyenvitne, om vitnet skal forklare seg om subjektive eller objektive forhold. Men å redegjøre for innholdet i et vitnes forklaring, vil etter vår mening i de fleste saker være å føre det for langt.

Vi minner også om at enhver utvidelse av påtalemyndighetens arbeidsoppgaver vil gå på bekostning av andre gjøremål. I det store flertall av straffesakene fungerer så vidt vi vet dagens system tilfredsstillende både for påtalemyndigheten og retten. Hvis en regel om begrunnelse ikke effektiviserer gjennomføringen av hovedforhandlingen bør man vise varsomhet med å innføre en slik regel for alle typer saker.

2.2.2 § 7-3. Rettens kontroll med at bevisføringen er relevant og forholdsmessig

Oslo statsadvokatembeter slutter seg til utvalgets forsett om å styrke rettens mulighet til å kontrollere at bevisføringen er relevant og forholdsmessig. Igjen må vi påpeke at dette synes å være et mer påtrengende problem i de store sakene enn i de mindre straffesakene (som er i klart flertall).

Dette er forsøkt også gjennom tidligere lovrevisjoner av straffeprosessloven § 292 annet ledd. (bl. a. lov av 28. juli 2000). Det er vanskelig å se at de tidligere lovendringene i praksis har gitt retten større muligheter til å avskjære det en oppfatter som irrelevant eller uforholdsmessig bevisføring. Vår oppfatning er snarere at Høyesterett har gått i en retning der partenes pretensjon om at et bevis har betydning skal gå foran rettens vurdering av dette. En illustrasjon på dette kan være avgjørelse inntatt i Rt. 2008 side 605.

Konsekvensen av dette er at lagmannsretten i svært liten grad benytter seg av straffeprosessloven § 292 annet ledd. Dels skyldes nok dette at det er vanskelig å ta stilling til en bevisavskjæring før beviset er ført, men dels også en usikkerhet om hvordan det foreliggende spørsmål vil bli vurdert av Høyesterett. Vår erfaring – eller rettere; oppfatning – er at hvis det skal tas en prosessuell avgjørelse i lagmannsretten, så legges det inn en sikkerhetsmargin i påtalemyndighetens prosessuelle disfavør, slik at man skal unngå en opphevelse i Høyesterett (og dermed ny behandling i lagmannsretten).

I de store sakene vil en del av problematikken kunne avhjelpes gjennom utkastets § 34–7 om saksstyring. Retten vil da kunne ta stilling til behovet for – og omfanget av - bevisføring på et tidlig stadium av saken. Rettens avgjørelse vil da kunne påankes, med mindre det følger av utkastet § 37-2 at den ikke kan det. Når det gjelder avgjørelser etter 34-7 tredje ledd oppstår det en mulighet for at § 37-2 tredje ledd kan komme til anvendelse. Hvis avgjørelsen om bevisavskjæring under saksforberedelsen ikke kan ankes fordi den kan gjøres til ankegrunn over dommen vil man etter vår mening være like langt. Høyesteretts syn på saken vil da være beheftet med like mye usikkerhet som i dagens situasjon. Det vises for øvrig til vår kommentar om utkastets § 34-7 og 37-2.

Utvalget uttaler i pkt. 13.2.5.1 at det først og fremst må et kulturskifte til for at bestemmelsene om begrensning av bevisføringen skal håndheves mer aktivt, og at dette vil ta tid. Dette er Oslo statsadvokatembeter enige i. Poenget må være å gi domstolen gode nok verktøy til å kunne avskjære irrelevante bevis.

Som nevnt over tror vi at hovedårsakene til at lagmannsrettene er tilbakeholdne med å benytte seg av straffeprosessloven § 292 annet ledd er at det er vanskelig å foreta fullverdige vurderinger før en vet hva saken egentlig dreier seg om og dessuten at det knytter seg usikkerhet til Høyesteretts vurdering av bevisavskjæringsspørsmålet.

Når det gjelder rettens kjennskap til saken for å treffe beslutninger om bevisavskjæring vises til det som står ovenfor.

Utvalget uttaler under pkt. 13.2.5:

"Den rett som har saken til behandling, vil i alminnelighet være nærmest til å håndheve reglene hensiktsmessig, dels fordi den har et klart inntrykk av bevissituasjonen etter umiddelbar og muntlig bevisføring, dels fordi den kan ta hensyn til prosessklimaet med tanke på saksopplysningen i et videre perspektiv. Dette er forhold som taler for at kontrollen hos overordnet domstol ikke bør være for inngående; retten som har saken til behandling, bør innrømmes et visst skjønn til å avgjøre om konkret bevisføring er irrelevant eller uforholdsmessig".

Dette er en vurdering som Oslo statsadvokatembeter er enige i og tilføyer at det bør legges til rette for en slik prosessordning. En forutsetning for at siste del av sitatet skal oppfylles er at det gjøres nødvendige justeringer i det som er parallellen til straffeprosessloven § 343, nemlig utkastets § 39-10. Bortsett fra idealet om *"at kontrollen fra overordnet domstol ikke skal være for inngående"* klarer vi ikke å se at utkastets § 39-10 tar opp i seg elementer som gjør at lagmannsrettene (eller tingrettene) kan føle seg tryggere på at overordnet domstol vil ha en mindre inngående kontroll med bevisføringens enkelte elementer. Det bør etter vår mening vurderes å gi § 37-10 en utforming som synliggjør nettopp det ønsket som utvalget gir uttrykk for.

2.2.3 § 7-4. Rettens kontroll med at bevisføringen er tilstrekkelig

Meningsinnholdet i bestemmelsen er noenlunde likt med straffeprosessloven § 294 supplert med foreliggende rettspraksis bl. a. Rt. 2013 side 905 (som utvalget selv viser til), men også Rt. 1982 side 1858, Rt. 1989 side 574 m. fl. I noen utstrekning krever straffeprosessloven § 294 at retten innhenter opplysninger til tiltaltes ugunst jf. f.eks. Rt. 1985 side 9 og Rt. 1987 side 266.

Utvalget gir uttrykk for at man tar sikte på å videreføre dagens praksis, men presiserer igjen at det er behov for en viss justering. Om justeringen heter det i pkt. 13.2.5.2:

"Utvalgets forslag begrenser derfor som utgangspunkt rettens adgang til supplerende bevisføring til skade for mistenkte. Rettens ansvar for saksopplysningen skal således først og fremst virke som en rettssikkerhetsgaranti for den mistenkte. En slik ordning vil være godt i samsvar med at anklagefunksjonen er lagt til påtalemyndigheten, som i henhold til uskyldspresumsjonen har bevisbyrden for at den mistenkte er skyldig."

Når utvalget foreslår denne justeringen må vi formode at utvalget mener at behovet for endring er til stede fordi tiltaltes rettssikkerhet ikke er god nok etter dagens straffeprosesslov. I kollisjonen mellom to viktige prinsipper, nemlig det materielle sannhetsprinsipp og "favor defensionis" taper også det materielle sannhetsprinsipp på dette området. Dette er uheldig. Etter vår oppfatning bør regelen i straffeprosessloven § 294 videreføres uten de justeringer som er foreslått av utvalget.

2.2.4 § 7-5. Bevisvurdering og beviskrav

Hvis man først skal lovfeste bevisvurdering og beviskrav i straffeprosessloven, er det bra at det understrekes at det skal foretas en samlet vurdering av bevisene.

Når man har valgt å ta inn en slik bestemmelse fremstår den etter vår oppfatning noe mangelfull.

- Det savnes opplysninger om at det er fri bevisføring etter straffeprosessen
 - o Hvilken vekt det enkelte bevis skal ha opp til den enkelte dommer jf. f.eks. Rt. 2005 side 1353)
- Beviskravet for straffeansvar er adekvat beskrevet (jf. Rt. 2005 side 1353 avsnitt 14)
- Vår erfaring er at det knytter seg større usikkerhet til beviskravene for andre forhold enn straffeskyld.
 - o Straffeutmåling:
 - Hvis det knytter seg til den straffbare handling f.eks. grovhet (mengde narkotika, fart i trafikksaker) – ut over enhver rimelig tvil jf. f.eks. Rt 2005 side 1064 og Rt. 2001 side 1467.
 - Hvis det ikke knytter seg til den straffbare handling (f.eks. motiv) – sannsynlighetsovervekt – (høyesterettsdom om Ramnesdrapene)
 - o Tilregnelighet: Noe lavere enn objektive forhold - Rt. 2003 side 23
 - o Relaterte krav f.eks. erstatning: f.eks. Rt. 2005 side 1322
 - o Prosessuelle spørsmål: Utgangspunktet er sannsynlighetsovervekt, men etter omstendighetene sterk sannsynlighetsovervekt jf. f.eks. Rt. 2004 side 1561.

Dette er regler som inneholder mange elementer som skal vurderes og dermed vanskelig å lovfeste. Hvis man velger å ta inn en bestemmelse om beviskrav, bør det i alle fall fremgå av forarbeidene at det heller ikke er tiltenkt noen endring i beviskravene for andre forhold enn kravene for straffeskyld.

2.3 Kapittel 8. Bevisforbud

2.3.1 Generelt

Regler om bevisforbud i straffesaker vil innebære begrensninger i rettens mulighet til fullstendige innsikt i sakens faktum og vil innebære innskrenkninger i det materielle sannhetsprinsipp, i prinsippet om fri bevisføring og til dels i prinsippet om fri bevisvurdering.

Når man gjør innskrenkninger i disse prinsippene er det fordi viktige og tungtveiende mothensyn gjør seg gjeldende. Mange av reglene er begrunnet i hensynet til fri, åpen og privat kommunikasjon mellom siktede/vitner og enkelte yrkesgrupper som f.eks. lege, advokat, prest osv. Andre regler skal beskytte siktede mot selvinkriminering og beskytte siktedes nærstående mot å måtte forklare seg i straffesaker mot en ektefelle, et barn osv. Også på andre områder er det også i dag regler som skal beskytte kommunikasjon som anses viktig nok (presse, forretningshemmeligheter osv.).

På alle andre områder er utgangspunktet at partene fritt kan føre de bevis de ønsker jf. f.eks. Rt. 2005 side 1353. Hvis det er svakheter med beviset, vil dette normalt være et spørsmål som faller inn under den frie bevisvurdering. Dette er i tillit til at domstolene, både fagdommere og legdommere, er i stand til å vurdere bevisets tyngde også sett i lys av de eventuelle svakheter og usikkerheter som knytter seg til det enkelte bevis når de skal foreta en helhetsvurdering av om en tiltalt er skyldig eller ikke.

Utvalget foreslår å utvide, eller justere som de velger å uttrykke det, det lovregulerte området for bevisforbud ved at også bevis som er innhentet på rettsstridig måte som hovedregel skal være gjenstand for bevisforbud jf. utkastets § 8-5. Vi kommer nærmere tilbake til dette under merknaden til bestemmelsen, men ønsker innledningsvis å påpeke enkelte forhold som knytter seg til vektingen av de hovedprinsipper som straffeprosessen bygger på og som dermed er av mer generell karakter.

Hvis man ønsker å utvide området for bevisforbud, bør dette skyldes at man mener at prinsippene, slik de praktiseres etter dagens lov, ikke er tilfredsstillende eller man frykter at prinsippene i fremtiden ikke vil fungere tilfredsstillende.

Etter vår oppfatning må utgangspunktet være at det beste grunnlag for å fatte materielt riktige beslutninger være at beslutningstakeren sitter med så mye relevant informasjon om et saksområde som mulig. Hvis relevant informasjon holdes unna beslutningstakeren øker risikoen for feilaktige konklusjoner. Slik må det være også i rettspleien.

Hvis man ønsker å beholde det materielle sannhetsprinsipp som en grunnpilar i norsk straffeprosess, bør regler om bevisavskjæring og bevisforbud (om relevant informasjon) begrenses så mye som mulig. Eventuelle svakheter ved et bevis bør få betydning for hvilken vekt beviset skal tillegges i totalvurderingen av om tiltalte er skyldig eller ikke.

En utvidelse av området for bevisforbud kan, hvis det føres langt nok og knyttes til prosessuelle feil eller mangler, i sin ytterste konsekvens føre til bort i mot absurde resultater. Slike regler vil også kunne lede til unødige prosesser under hoved- og ankeforhandling for å fastslå om et fellende bevis vil kunne brukes i retten eller ikke. Slike prosesser kan f.eks. gjelde om vilkårene for en ransaking var til stede da politiet beslagla store mengder narkotika, overgrepsmateriale eller et drapsvåpen.

I sin kjerne vil regler om bevisforbud (der ikke andre viktige mothensyn tilsier bevisforbud se ovenfor) være et spørsmål om man har tillit til at domstolen er i stand til å foreta den frie vurderingen av bevisets tyngde.

Evnen til å vurdere tyngden av et bevis som er presentert, er dels en intellektuell øvelse og dels et spørsmål om sunn skepsis og godt skjønn. Prinsippet om fri bevisvurdering har fungert i rettspleien i flere mannsaldre og er anvendt i praksis av både fagdommere og legdommere.

Skal man peke på et potensielt svakt ledd i en slik vurdering, vil det kunne være de ikke-profesjonelle aktørene i prosessen, nemlig de lege dommerne. Legdommerne har, og skal ikke ha, den erfaringen og rutinen med bevisvurdering, som fagdommerne skal ha. Allikevel har man altså hatt tillit til at også legdommere, i kraft av bl.a. sitt sunne skjønn og sin erfaring, er i stand til å vurdere bevisene på fritt grunnlag, herunder hvilken vekt det enkelte bevis skal ha.

Utdannelsesnivået i samfunnet har økt til dels dramatisk de siste tiårene og utviklingen ser ikke ut til å ha stoppet opp. Betydelig flere enn tidligere har universitets- og høyskoleutdanning, og dermed også trening og øvelse i abstrakt og teoretisk tenkning. Dette reflekteres også i utvalgene av meddommere. Det er grunn til å tro at dette vil gi enda bedre forutsetninger for å forstå og å praktisere bevisvektsreglene.

Kravene til domstolenes begrunnelse av dommer fremgår av straffeprosessloven §§ 40 og 41. I 1993 fikk § 40 et nytt femte ledd der det heter: "*Domstolene skal i alle saker som er behandlet med meddomsrett, angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering*". Høyesterett stiller i praksis strenge krav til domsbegrunnelse. Domstolens begrunnelsesplikt sikrer, og viser, etter vår oppfatning at domstolen i den konkrete sak tar oppgaven med fri bevisvurdering alvorlig. (Dette er vanskeligere å kontrollere i lagrettesaker, men den ordningen er uansett på vei ut.)

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning taler både domstolenes utvidede begrunnelsesplikt, at lagretteordningen blir fjernet og meddommernes økende formalkompetanse mot å utvide området for bevisforbud i forhold til dagens regler. Hvorvidt det er andre forhold som allikevel kan berettigje en utvidelse (jf. særlig forslaget § 8-5) vil bli kommentert under den enkelte bestemmelse.

Vi avslutter denne innledningen med å minne om at den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 6 nr. 1 i utgangspunktet ikke regulerer regler om bevisavskjæring eller bevisforbud. I avgjørelsen *Khan vs. UK* 2000 (35394/97) heter det: "*Art. 6 does not lay down any rules of the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law.*"

Av professor Ph.D. Jon Petter Ruis artikkel om "retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017" i Jussens venner nr 3/2017 (sidene 123 til 184) fremgår det at utviklingen i EMD siden Storkammeravgjørelsen i *O'Halloran og Francis vs UK* 29. juni 2007 (15809/02 og 25624/02) har beveget seg bort fra absolutte regler til mer relative standarder.

Dette følges opp i en storkammeravgjørelse i *Gäfgen vs. Tyskland* 2010 (229798/05) hvor det understrekes at: "*The proceedings as a whole, including the way the evidence was obtained were fair*"

I pkt. 162 og 163 i denne avgjørelsen oppstilles det allikevel en "*exclusionary rule*" for tilståelser og reelle bevismidler som var fremkalt ved hjelp av tortur, nedverdiggende og

umenneskelig behandling. Dette er såpass åpenbare og allmenngyldige regelbrudd som vi får tro sjelden eller aldri kommer på spissen i norsk strafferettspleie.

2.3.2 § 8-1. Bevisforbudenes virkninger

Ingen merknad.

2.3.3 § 8-2. Bevisforbud til vern om grunnleggende nasjonale interesser, regjeringskonferanser, domskonferanser og opplysninger unntatt innsyn

Ingen merknad.

2.3.4 § 8-3. Bevisforbud til vern om fortrolighet

Utvalget går inn for å utvide kretsen av personer, hvis forklaring ikke kan brukes i retten, fra de som rent faktisk er undergitt regler om taushetsplikt, til også å omfatte personer som av forskjellige årsaker deltar eller bistår under samtaler som skjer i en fortrolig ramme. Utvalget viser i den forbindelse til Rt. 2009 side 1526 avsnitt 21 flg. Vi forstår utvalget slik at resultatet i denne saken ville blitt annerledes hvis reglene som utvalget foreslår hadde vært gjeldende rett. Vi peker for øvrig på at Høyesterett i avgjørelsens avsnitt nr. 26 uttaler at partene er enige om at "I" var berettiget til å avgi vitneforklaring om samtalen. Heller ikke dette vil de foreslåtte reglene ha tillatt.

Oslo statsadvokatembeter vil peke på at dette er nok et eksempel på at hensynet til den materielle sannhets bevis må vike i forhold til andre hensyn. At politi og påtalemyndighet gis mulighet til å oppklare straffesaker er viktig for den alminnelige tillit. Jo mer alvorlig en straffesak er, jo viktigere er det at myndighetene evner å oppklare saken og at gjerningspersonene blir idømt en adekvat reaksjon. Myndighetenes evne til å oppklare straffesaker er ikke bare et spørsmål om statistikk, men et viktig virkemiddel for å motvirke at de som blir utsatt for kriminalitet ikke tar loven i egne hender. I avgjørelsens avsnitt 32 peker Høyesterett nettopp på at hensynet til *"vi står ovenfor en meget alvorlig handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende."*

Reglene om bevisavskjæring i sivilprosessen og i straffeprosessen er i utgangspunktet like, selv om det er forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende. Etter dagens regler avgjøres denne type dilemmaer i tråd med formålet bak tvisteloven § 22-7 om utilbørlig ervervede bevis. Slik også i den refererte avgjørelsen. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er dette en klok avgjørelse, der det særlig er lagt vekt på sakens alvorlighet, behovet for oppklaring og dermed også muligheten til å forebygge det følte behovet for hevngjerninger f. eks i gjengmiljø (som i denne saken).

I mindre alvorlige saker har Høyesterett kommet til det motsatte resultat der et bevis er fremkommet på utilbørlig måte. Det vises her bl. a. til Rt. 1991 side 616, Rt. 2001 side 668 og Rt-2004 side 878. I disse tre sivile avgjørelsene kom Høyesterett til at videoovervåkning skulle avskjæres som bevis fordi de krenket viktige personvern hensyn og beviset var innhentet på utilbørlig måte. Hvis videofilmene hadde fanget opp et drap eller en voldtekt ville beviset ganske sikkert blitt tillatt ført.

Ved å ha fleksible regler, der bl. a. hensynet til oppklaring av alvorlige straffesaker går inn som vurderingstema, unngår man potensielt absurde konsekvenser. I en tenkt situasjon kan en person som har deltatt i eller overhørt en fortrolig samtale hvor f.eks. en stygg voldtekt blir

erkjent formidle dette til politiet, til aviser eller etermedier, men vedkommendes forklaring kan ikke brukes som bevis i retten. Det kan også tenkes at en "tiltroperson" som har vært tilstede under et møte med en prest eller advokat som er foranlediget av at vedkommende som søker råd blir utsatt for vold av sin ektefelle ikke kan forklare seg i retten om hva som er forklart under møtet. Ei heller hvis den som søker råd senere blir drept av sin ektefelle jf også den foreslåtte endringen i § 10-9 fjerde ledd.

Når det gjelder § 8-3 første ledd bokstav d) foreslår utvalget, i alle fall etter forlagets ordlyd, å utvide personkretsen som undergis bevisforbud til dels betydelig i forhold til straffeprosessloven § 119. Det vil avhenge av hvordan bestemmelsen blir praktisert om dette er heldig eller ikke.

Oslo statsadvokatembeter er enig i at det kan være hensiktsmessig å ha en bestemmelse som er ment å samle opp de tilfellene hvor hensynene til fortrolighet kan fanges opp, uavhengig av om de faller inn under ordlyden eller ikke. Det kan være situasjoner som lovgiver ikke har tenkt på under forarbeidene med loven eller det kan være samfunnsutviklingen som tilsier at også andre grupper bør falle inn under fortrolighetsbegrepet og som ikke faller inn under unntakene som nent i § 8-6.

Utvalget favner åpenbart videre. For å illustrere hva som anses som rettshjelp i kommentarene til § 8-3 heter det: "*«Rettshjelp» vil primært være slik rettshjelp som er omfattet av domstoloven § 218 annet ledd.*" Straffeprosessloven § 119 omfatter advokater og forsvarere, mens utvalget viser til domstoloven § 218 annet ledd som omfatter:

1. *"Den som har juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap, men ikke har advokatbevilling, kan yte rettshjelp.*
Den som har bevilling som statsautorisert revisor eller er registrert som revisor, kan bistå
2. *med utferdigelse av skattemeldinger, skatteklager og andre henvendelser til skattemyndighetene.*
Den som har tilfredsstillende utdanning innen spesielle rettsområder kan av Tilsynsrådet
3. *for advokatvirksomhet gis tillatelse til å yte rettshjelp på området. Når særlige grunner foreligger, kan Tilsynsrådet gi tillatelse til spesielle rettshjelptiltak.*
4. *Kongen fastsetter ved forskrift i hvilken utstrekning og på hvilke vilkår utenlandske advokater skal ha adgang til å yte rettshjelp."*

Utvalget legger riktignok til i bokstav d) at bevisforbudet omfatter de tilfeller der virksomheten "*må likestilles med virksomhet angitt i bokstav a til c.*" Tolket innskrenkende kan dette innebære en noe mindre utvidelse enn det som slår en ved første øyekast. Uansett omfanget av utvidelsen vil en slik bestemmelse medføre at domstolene får tilgang til et mer begrenset faktum før avgjørelsen skal tas. Dette bidrar ytterligere til inntrykket av at det materielle sannhetsprinsipp er på vikende front i utredningen.

Det er på det rene at § 8-3 første ledd bokstavene a) til c) er å anse som "skal – regler", med mindre et av unntakene i § 8-6 kommer til anvendelse. Etter vår oppfatning burde reglene som fremgår av utkastets § 8-3 første ledd bokstav d) utformet som en "kan-regel", der hensynet til behovet for fortrolighet og eventuell likebehandling (og lik vurdering) med de som direkte omfattes av bokstavene a) til c) er påtrengende er viktige vurderingstemaer.

2.3.5 § 8-4. Bevisforbud som følge av forklaringsfritak. Pressens kildevern.

Forretningshemmeligheter

Vi viser til våre kommentarer til utkastets § 9-4 for så vidt gjelder begrepet "pressen". For øvrig ingen merknad til utkastets § 8-4.

2.3.6 § 8-5. Bevisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis

Utvalget tar sikte på å lovfeste læren om ulovlig ervervede bevis med enkelte innholdsmessige justeringer (jf. kommentarene til utkastets § 8-5 på side 576).

Hvis utvalget med dette mener å lovfeste gjeldende rett med enkelte justeringer, mener Oslo Statsadvokatembeter at de endringene som beskrives under merknaden til bestemmelsen og i utredningens punkt 13.3.4.4 bærer bud om mer enn justeringer. I praksis frykter vi at en endring i tråd med utvalgets forslag vil være både prosessdrivende og medføre at domstolene i enkelte saker får et svakere faktisk grunnlag å bygge sine avgjørelser på.

Utvalget tar i sitt forslag det motsatte utgangspunktet enn hva som er gjeldende rett. Dette er et bevisst valg ved utforming av forslaget til lovtekst. I utredningens side 576 første spalte (nederst) heter det:

"Bevisforbud ved ulovlig beviserverv gjelder «når det er grunn til det». Denne standarden peker i større grad mot idealet om en lovformelig prosess og skiller seg fra tilnærmingen som i dag er kommet til uttrykk i rettspraksis om «at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres», jf. Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22 med henvisning til straffeprosesslovens forarbeider. Den skjønnsnormen som utkastet gir anvisning på, er ment som et signal til samtlige aktører om større grad av bevissthet om ulovligheter ved beviserverv."

La oss for ordens skyld understreke at Oslo statsadvokatembeter, i likhet med utvalget, naturligvis er opptatt av idealet om en lovformelig prosess. Vi mener imidlertid ikke at nok en innskrenking i det materielle sannhetsprinsipp er den rette veien å gå, for det tilfellet man mener at manglende legalitet i straffeprosessen representerer et betydelig problem.

Læren om ulovlig ervervede bevis er en kompleks og sammensatt materie. Faktum i den enkelte sak er sjelden lik faktum i en annen og vurderingen av om beviset tillates ført vil bero på en lang rekke ulike faktorer. Kompleksiteten i vurderingene og det brede spekter av saker og sakstyper dette kan være aktuelt i er et moment som i seg selv taler mot å lovfeste den læren som er utviklet. Forslaget til lovtekst, slik den er utformet, gir uttrykk for et fromt ønske om oppmerksomhet og bevissthet om ulovligheter ved beviserverv, men vil gi liten veiledning for påtalemyndigheten når det skal vurderes om tiltale skal tas ut eller for domstolene når de skal vurdere om et bevis skal tillates ført. En videreføring av gjeldende rett uten endringer vil gi forutberegnelighet for påtalemyndigheten og for underordnede domstoler.

Læren om ulovlige ervervede bevis er utviklet gjennom domstolspraksis over lang tid. Ønsker man omfattende endringer i gjeldende rett på typiske skjønnsområder som består av brede vurderinger, bør det være gode grunner for dette. Utvalget har i pkt. 13.3.4.4. (utredningen side 271 flg.) forklart behovet for endringer med at det vil forebygge ulovligheter og idealet om en lovformelig prosess. Det er vanskelig å være uenige i de to argumentene per se.

Spørsmålet er imidlertid om behovet for å forebygge ulovligheter er så stort (for tiden eller i overskuelig fremtid) at det skal gå på bekostning av domstolens tilgang på den informasjon som de skal treffe sin avgjørelse på.

Utvalget peker ganske riktig på at nettopp denne vurderingen ble gjort også i forkant av vedtagelsen av någjeldende straffeprosesslov (side 272 første spalte). Utvalget er imidlertid av den oppfatning at behovet for disiplinering er større i dag enn da straffeprosesslovutvalget skrev sin utredning og peker særlig på trekk ved samfunnsutviklingen (side 273 første spalte). Det er imidlertid påfallende at utvalget kun peker på elementer som de mener støtter deres konklusjon. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er politi og påtalemyndighet i en helt annen situasjon enn hva som var tilfellet da straffeprosessloven av 1981 ble utarbeidet.

For det første har politiutdanningen endret seg fra å være en 2-årig etatsskole med fokus på praktisk politiarbeid til å bli en 3-årig høyskole med fokus på et bredt sammensatt fagfelt. Det er vår påstand at Politihøgskolen utdanner politifolk med langt sterkere oppmerksomhet rundt rettssikkerhet, krav til hjemmel for inngrep og forholdsmessigheten av inngrep enn tilfellet var på 1970-tallet.

Det pågående etterforskningsløftet i politiet vil ventelig øke kvaliteten på etterforskningen, herunder sikre at den foregår på lovformelig vis.

For det andre har antallet politijurister øket betydelig og politijuristenes rolle har endret seg på en måte som styrker legalitetskontrollen av hver enkelt beslutning i etterforskningsfasen. På 1970-tallet var politijuristens rolle i stor grad å vente på ferdig etterforskede saker for så og påtaleavgjøre dem og gå i retten. Ved fremskutt, integrert påtale har politijuristene et helt annet ansvar for etterforskningen, herunder om den foregår på lovformelig måte, enn tidligere.

For det tredje styrkes kontrollen med politiets etterforskning ved forsvarers og bistandsadvokats økende tilstedeværelse under etterforskningen. Reglene om forsvarers dokumentinnsyn er blitt utvidet (i alle fall praktiseringen av reglene). Dette har ytterligere styrket siktedes rettigheter i etterforskningsfasen.

For det fjerde har statsadvokatenes fagledelse av politiet endret seg betydelig siden 1970-tallet. Den gang besto fagledelsen i hovedsak av enkeltsaksbehandling - altså tilbakemeldinger på enkeltsaker der statsadvokaten var tiltalekompetent i saker som ble aktovert av politiet.

Statsadvokatenes fagledelse har både en kontrollfunksjon både på enkeltsaksnivå og på systemnivå og en veiledningsfunksjon. Etter vår oppfatning styrker begge deler politiets evne til å ivareta kvaliteten, herunder rettssikkerhet, i etterforskningen.

For det femte har riksadvokaten gjennom år nå hatt fokus på kvalitet i etterforskningen og analyse av påviste feil i et læringsperspektiv. Dette har materialisert seg gjennom rundskriv, arbeidsgrupper, forskjellige rapporter med påfølgende presentasjon for politi og påtalemyndighet.

I alle ledd har kontrollen både med enkeltsak og på aggregert nivå blitt styrket i forhold til hva som var tilfellet tidligere. Når dette suppleres med at både interne og eksterne søkeverktøy og kontrollverktøy har blitt betydelig bedre og mer effektive slik at eksisterende regelverk blir lettere tilgjengelig tilsier det at politiets evne og mulighet til å innhente bevis på

lovformelig måte er blitt styrket og ikke svekket siden straffeprosesslovkommisjonen ga uttrykk for sine oppfatninger om behovet for å forebygge ulovligheter.

Når utvalget påberoper seg trekk ved samfunnsutviklingen, bør disse elementene tas med i vurderingen av behovet for disiplinering av politi og påtalemyndighet. Disse elementene illustrerer for øvrig at myndighetene har iverksatt en lang rekke tiltak nettopp for å forebygge feil og mangler og i ytterste konsekvens også ulovligheter under etterforskningen. Behovet for disiplinering også gjennom svekkelse av det materielle sannhetsprinsipp til fordel for en mer prosessuell tilnærming skulle derfor være redusert.

Utvalget nevner spesifikt den teknologiske utviklingen og mulighet til overvåkning og dermed muligheten til misbruk som en begrunnelse for økede konsekvenser av prosessuelle feil. Vi slutter oss til at denne muligheten finnes, og at den under visse samfunnsforhold kan være nærliggende. Men i et gjennomregulert politi som vårt krever det i tillegg til mulighet også en strukturell vilje til å begå prosessuelle feil under etterforskningen. Pr. i dag kan vi ikke se at en slik vilje eksisterer. Tvert i mot har hverken evnen eller viljen til å gjennomføre etterforskningen på lovformelig måte neppe vært større noen gang.

Vi finner grunn til å nevne at den teknologiske utviklingen, og da særlig utviklingen av kommunikasjonsteknologi, i tillegg til å gi myndighetene mulighetene til overvåkning også gir borgerne en større mulighet til å begå straffbare handlinger. I mange saker har landegrensene ingen praktisk betydning fordi kommunikasjon, penger og ulovlige varer og tjenester kan skje uavhengig av der lovbyrteren befinner seg. I slike saker må bevis gjerne innhentes fra andre land, med de vanskeligheter og fallgruver som potensielt ligger i dette. Dette kan medføre at det kan oppstå feil som norske myndigheter ikke har kontroll over. Hvorvidt et etterforskningsskritt er lovlig i vedkommende land kan fra tid til annen være vanskelig å fastslå. Saksforholdet som er behandlet i Borgarting lagmannsretts dom av 22. mai 2017 (LB-2016-111604) illustrerer hvilke vanskeligheter det kan medføre å skulle fastslå gjeldende strafferett i Dubai (se særlig under overskriften "dobbel straffbarhet"). De samme problemene vil kunne oppstå for å vurdere om et bevis er innhentet på lovformelig vis i et samarbeidende land. Det vil ventelig ikke bli færre saker enn nå der behovet for å innhente bevis utenfor landets grenser vil oppstå.

Som nevnt innledningsvis i våre kommentarer til bestemmelsen frykter vi at endrede regler som utvider området for bevisforbud ved ulovlig ervervede bevis, vil virke prosessdrivende. At et bevis ikke kan føres, vil i overveiende grad være til den tiltaltes fordel, og kan i mange tilfeller medføre at tiltalte blir frifunnet istedenfor dømt. I slike tilfeller vil det være en egenverdi i å forsøke å få et bevis undergitt bevisforbud og dermed også en oppfordring til å forsøke å få et bevis kategorisert som ulovlig ervervet. Vår erfaring fra rettspleien i Oslo og omegn tilsier at alle mulige varianter over temaet vil bli prøvd og at prosessomfanget heller blir stort enn lite.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er begrunnelsen for å vedta endrede regler for så vidt gjelder ulovlig ervervede bevis, ikke tilstrekkelig fundert. Vi mener at dagens rettstilstand bør videreføres. Hvis det er ønskelig å lovfeste reglene, bør dette gjøres etter mønster av tvisteloven § 22-7 og det bør fremgå av lovforarbeidene at meningen er å opprettholde den tidligere rettstilstanden.

2.3.7 § 8-6. Unntak fra bevisforbud

Vi har påpekt enkelte svakheter med bruken av egne bestemmelser for så vidt gjelder unntak og ikke minst en systematikk med krysshenvisninger i våre kommentarer til del 3 om etterforskning og tvangstiltak. Særlig gjelder dette kapitlet om tvangstiltak, som er så omfattende som det er. Men våre innvendinger vil også ha gyldighet her.

2.3.8 § 8-7. Behandlingsmåten ved håndheving av bevisforbud

Ingen merknad.

2.4 Kapittel 9. Forklaringsplikt og forklaringsfritak

2.4.1 § 9-1. Mistenktes taushetsrett

Ingen merknad.

2.4.2 § 9-2. Forklaringsplikt for vitner

Vi er kjent med at enkelte høringsinstanser har tatt til orde for å innføre forklaringsplikt for politiet på lik linje med for retten. For en fyldig redegjørelse om dette vises til Øst politidistrikts høringsuttalelse på side 40 flg.

Øst politidistrikt påpeker at det synes det å være en økende tendens til at vitner ikke ønsker å forklare seg for politiet. Den praktiske konsekvens av dette er enten at færre saker blir oppklart fordi saken ikke er tilstrekkelig opplyst eller at domstolen blir ytterligere belastet med begjæringer om rettslige avhør.

Vi ser i likhet med Øst politidistrikt ikke at det er avgjørende prinsipielle motforestillinger mot at det innføres en forklaringsplikt for politiet for vitner på lik linje med forklaringsplikten for domstolene. Vi er derfor i utgangspunktet positive til en slik regelendring. Før man tar endelig beslutning om innføring av slik forklaringsplikt for politiet bør det etter vår oppfatning undersøkes om det er riktig at det er en økende tendens til at vitner nekter å forklare seg for politiet.

Med de forbehold som er nevnt over, har vi ingen øvrige merknader til forslaget.

2.4.3 § 9-3. Forklaringsfritak for mistenktes nærstående og om inkriminerende eller belastende opplysninger

Utkastets § 9-3 dekker reglene som i dag fremgår av straffeprosessloven §§ 122 og 123. Første ledd er ment å erstatte straffeprosessloven § 122 og gjelder forklaringsfritak generelt, mens annet ledd gjelder retten til å nekte å svare på enkeltspørsmål.

Til første ledd:

Utvalget går inn for at "enhver" som er i kretsen "sine nærmeste" skal ha fritaksrett. Dette gjelder også barn. Etter dagens regler omfattes ikke barn under 12 år av fritaksretten jf. straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum. Barn mellom 12 og 15 år har forklaringsplikt når det gjelder visse alvorlige sakstyper jf. straffeprosessloven § 239 a annet ledd annet pkt. jf. § 239 første ledd. Det samme gjelder vitner med høy grad av psykisk utviklingshemming.

Dagens regler om forklaringsplikt for barn under 15 år (som beskrevet over) har vært i funksjon siden 1. juli 2008 (under 12 år) og 2. oktober 2015 (mellom 12 og 15). I forkant av disse endringene var det grundige overveielser der de forskjellige hensynene ble veid opp mot hverandre. Det vises her til Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) og Prop. 112 L (2014-2015). Hensynet til barnet selv og å forebygge at barn måtte leve med og i straffbare forhold rettet mot seg og sine, veide tyngre enn hensynet til den lojalitetskonflikt som barnet eventuelt måtte føle når han eller hun ble eldre. De hensynene som det ble lagt vekt på i forbindelse med de nevnte lovendringene, er ikke blitt mindre. Vi må få uttrykke en viss overraskelse over at utvalget har fremmet dette forslaget.

Utvalget mener ellers at de hensynene som nåværende lovgivning er basert på, kan avhjelpes med å følge anvisningene i utkastets § 10-4 annet ledd. Dette er vi ikke enig i. Vi viser til drøftelse under kommentaren til § 10-4.

Ellers ser vi det som en praktisk løsning at personkretsen for forklaringsfritak etter denne bestemmelsen er den samme som etter straffeloven § 9. Personkretsen utvides riktignok litt i forhold til dagens straffeprosesslov § 122, men dette antar vi har liten praktisk betydning.

2.4.4 § 9-4. Forklaringsfritak for pressen og kildevern

Bestemmelsen er ment å erstatte straffeprosessloven § 125.

Bestemmelsen utvides til et generelt forklaringsfritak for så vidt gjelder fortrolig kommunikasjon fra å være en bestemmelse om kildevern. Denne utvidelsen har gode grunner for seg. Det vises til utvalgets synspunkter under pkt. 13.4.3 (side 279 flg.).

Nåværende lovgivning er spesifikk på hvem som kan påberope seg pressens rettigheter til å nekte å svare på enkelte spørsmål. Ved å innføre begrepet "i sitt journalistiske virke" utvider man personkretsen betydelig. I lys av det nye mediebildet er nok personkretsen som omfattes av straffeprosessloven § 125 noe snever. En utvidelse er nok dermed på sin plass.

På den annen side er vi redde for at det upresise begrepet "i sitt journalistiske virke" kan gi et for stort rom for tolkning. Erfaringsmessig vil enkelte benytte de mulighetene som finnes for å unndra seg sine plikter etter lovgivningen. Dette gjelder i særlig grad rutinerne kriminelle og de som ferdes i miljøer rundt organiserte kriminelle. Dette er sist observert i forbindelse med anførsler om at datalagringsmedier som pretenderes å inneholde korrespondanse med advokat. Om dette se HR-2017-111-A.

Utvalget mener det bør overlates til domstolene å trekke opp linjer for hvem som skal anses som å utøve det "journalistiske virke". Dette kan være en hensiktsmessig løsning fordi det vil kunne sikre en tidsriktig forståelse av begrepet. Hvis domstolene skal foreta disse vurderingene, bør det i alle fall av forarbeidene fremgå et slags "rammeverk" slik at domstolene (og politi og påtalemyndighet) har noe å bygge på i sine avgjørelser av om et vitne som påberoper seg pressens forklaringsfritak, skal innvilges den retten eller ikke.

2.4.5 § 9-5. Forklaringsfritak for forretningshemmeligheter

Ingen merknad.

2.5 Kapittel 10. Politiavhør og forklaringer i rettsmøte. Anonyme vitner

2.5.1 § 10-1. Møteplikt til politiavhør og rettslig avhør

Til annet ledd: De aller fleste vitner som innkalles til politiavhør møter etter avtale og forklarer seg. Mange av dem som gir uttrykk for at de ikke ønsker å forklare seg gjør det ikke av prinsipielle grunner, men fordi de ikke "gidder" eller fordi det er brysomt. Når denne kategorien vitner først kommer til politiet viser det seg, etter det opplyste, at forklaring blir gitt.

Hvis det i loven gis en åpning for at vitner med forklaringsplikt for retten, kan gi uttrykk for at de ikke vil møte til politiavhør og dermed ikke få møteplikt er det grunn til å frykte at denne muligheten vil bli benyttet. Jo mer kjent ordningen blir jo større vil formodentlig gruppen som ikke vil forklare seg for politiet bli. Bestemmelsen i utkastets § 10-2 annet ledd annet pkt. vil for øvrig bidra til at ordningen blir godt kjent.

Hvis færre personer unnlater å avgi vitneforklaring for politiet vil dette gå ut over hensynet til sakens opplysning i flere saker og presset på domstolene for å ta rettslige avhør vil antagelig øke. Etter Oslo statsadvokatembeters mening bør alle som har vitneplikt også ha plikt til å møte til politiavhør.

Vi viser ellers til det som er sagt i våre merknader til § 9-2 foran der spørsmålet om vitner bør ha samme forklaringsplikt til politiet som for domstolene.

2.5.2 § 10-2. Innkalling til politiavhør

Utover det som er sagt under våre merknader til § 10-1 har vi ikke særskilte merknader til første og annet ledd i utkastet.

Til tredje ledd første punktum:

Utvalget går inn for at innkalling til politiavhør så vidt mulig skal skje minst tre dager før oppmøte og at innkallingen skal forkynnes (!), med mindre forkynning er åpenbart unødvendig.

Det fremstår som noe usikkert hva som ligger i forbeholdet "åpenbart unødvendig". I utvalgets kommentarer til § 10-2 tredje ledd heter det:

"Tredje ledd første punktum gir adgang til å unnlate forkynning når det er «åpenbart unødvendig». En tilsvarende adgang til å unnlate forkynning følger av utkastet § 10-3 tredje ledd første punktum for rettslige avhør, som henviser til bestemmelsen her. Forbeholdet dekker dagens praksis, som innebærer at innkalling av mistenkte og vitner til politiavhør samt forsvarerens innkalling av vitner til rettsmøte ofte skjer gjennom uformell kontakt. Unnlates innkalling, vil det imidlertid ikke være adgang til tvangstiltak mot vedkommende innkallingen er rettet mot, etter utkastet §§ 15-7 og 15-8."

Slik vi forstår det skal det være hovedregelen at mistenkte og vitner skal innkalles til politiavhør gjennom forkynning. Vi antar at f. eks mistenkte som er pågrepet og avhør tatt som "politiavhør på stedet" vil omfattes av unntaket. Muligens også enkelte andre typetilfeller. Hvis regelen beholdes bør det klargjøres mer i hvilke situasjoner forkynning kan unnlates.

I dag innkalles de fleste til politiavhør gjennom det utvalget beskriver som den uformelle kontakten. Dette er en ordning som synes å fungere utmerket. Vi er bekymret for at en overgang til at forkynning er hovedregelen vil båndlegge svært mye ressurser til denne oppgaven. Under arbeidet med Flod-utvalget i forbindelse med lov av 28. juli 2000 nr. 73 ble det foretatt en noe upresis undersøkelse av hvor mange som svarte på postforkynte vitnestevninger mv hos et utvalg statsadvokatembeter og politidistrikter. (En av våre statsadvokater deltok i utvalget og foresto denne undersøkelsen). De fleste respondentene svarte at mellom 35 og 40 prosent av de brevene som ble sendt ut ikke ble besvart. Dette var altså et ferdig utfylt skjema som skulle dateres og underskrives og legges i en ferdig adressert og frankert konvolutt og legges i en postkasse. De 35 til 40 prosentene som ikke svarte måtte forkynnelsen skje ved at politiets stevnevitner måtte ut til vitnene personlig og forkynne stevningen.

Som nevnt bar denne undersøkelsen ingen av kjennetegnene for forskning i seg og det databaserte tall- og statistikk materialet var heller ikke så lett tilgjengelig som nå. Man vet dermed ikke om tallene var riktige (selv om tendensen var det) og enda mindre om situasjonen i dag. Vi savner derfor en analyse av hvor store økonomiske og administrative kostnader forslaget om forkynning av innkalling til politiavhør vil medføre.

2.5.3 § 10-3. Innkalling til rettslig avhør

Vi forutsetter at dette gjelder rettslige avhør under etterforskningen.

Ingen merknad.

2.5.4 § 10-4. Informasjon før avhør

Våre kommentarer knytter seg til bestemmelsens annet ledd.

1) Utvalget uttaler under kommentarene til bestemmelsen:

"For det tredje skal både vitner og mistenkte informeres om «aktuelle [...] forklaringsfritak». (...) Etter utvalgets forslag vil unnlatt varsling av mistenkte om nærstående fritaket etter utkastet § 9-4 for et familiemedlem som også er mistenkt i saken, i motsetning til rettsstillingen etter Rt. 2010 s. 456, utgjøre en saksbehandlingsfeil og etter omstendighetene kunne medføre bevisforbud etter utkastet § 8-5."

Det er vanskelig å se at lovteksten i seg selv i § 10-4 annet ledd, jf. kap. 8 og 9 eller § 8-5 skulle tilsi at en situasjon som beskrevet i Rt. 2010 side 456 skulle tilsi en annen løsning enn den Høyesterett kom frem til i denne avgjørelsen. Høyesterett baserer sin avgjørelse på en helhetsvurdering av hensynene bak regelen om forklaringsfritak kombinert med at en slik tolkning ville være til unødig hinder for opplysningen av straffesaken (avsnitt 34).

En endring i rettstilstanden må enten baseres på en klar lovendring, på forarbeidene til en ny lov eller at ny lov legger til grunn et annet verdsett enn den tidligere loven. Den forskyvningen fra det materielle sannhetsprinsipp til fordel for bl. a. mer absolutte prosessuelle regler som er gjennomgående i lovforslaget og som utvider området for bevisforbud kan nok tilsi at resultatet ville blitt et annet hvis dette lovutkastet blir vedtatt. Oslo statsadvokatembeter mener at svekkelsen av det materielle sannhetsprinsipp er uheldig – og unødvendig.

2) Utvalget mener at "enhver" skal gjøres kjent med reglene om forklaringsplikt mv. Enhver innbefatter i utgangspunktet også barn under 15 år. Dette er Oslo statsadvokatembeter uenig i. Det vises til det som er sagt i kommentarene til § 9-3.

I utkastets § 10-4 annet ledd annet punktum heter det: *"Dette gjelder likevel ikke vitner som på grunn av alder eller psykisk avvikstilstand ikke har forutsetninger for å ta stilling til om vedkommende bør forklare seg"* Vi forstår utkastet slik at det skal tas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om barnet (eller den med en psykisk avvikstilstand) er i stand til å vurdere om de bør forklare seg. Vi nevner for ordens skyld at avhør av barn er i klart flertall her og økningen i tilrettelagte avhør av barn tyder på at antallet kommer til å øke.

Oslo statsadvokatembeter mener at klare regler om alder klart vil være å foretrekke. Dette gir forutberegnelighet for politiet i etterforskningen og inviterer ikke til prosessuelle innsigelser (og dermed omstendeliggjøring) under hoved- og ankeforhandlinger. Det kan også bemerkes at hverken politi eller domstoler sitter inne med spesialkompetanse til å vurdere modenhet hos barn og vi ser for oss at en fleksibel og vurderingsbasert regel som foreslåtte vil kunne medføre at krav om oppnevning av sakkyndige vil oppstå.

Denne endringen i rettstilstanden er etter vår oppfatning både unødvendig og ineffektiv. Vi viser igjen til de vurderinger som er gjort i Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) og Prop. 112 L (2014-2015).

3) Utvalget går inn for at det skal inntas i lovteksten at: *"Oppgir noen at de ikke har rett eller plikt til å forklare seg etter reglene i kapittel 8 eller §§ 9-3 til 9-5, skal dette legges til grunn med mindre det er holdepunkter for det motsatte."*

Det fremgår så vidt vi kan se ikke av motivene hvorfor dette inntas i lovteksten. I den praktiske virkelighet vil det være slik at det er en presumpsjon for at det som et vitne forklarer f.eks. om sitt forhold til mistenkte, er riktig. I mange tilfeller er dette også uproblematisk å fastslå. Ikke sjelden oppstår det imidlertid spørsmål om vedkommendes posisjon rettslig sett er slik at det oppfyller lovens krav for forklaringsfritak. Dette gjelder særlig i tilfeller der et vitne påberoper seg å være mistenktes samboer, men også i andre situasjoner.

Straffeloven § 9, som utkastets § 9-3 første ledd viser til, likestiller to personer som bor sammen under ekteskapslignende forhold med ekteskap. At man selv gir uttrykk for at man er samboere er ikke i seg tilstrekkelig til å konstatere samboerskap i lovens forstand. Dette vil måtte basere seg på en helhetsvurdering der viktige elementer er forholdets stabilitet og varighet, om man har felles barn mv. I slike tilfeller er det behov for å stille spørsmål til vitnet, og eventuelt undersøke nærmere om opplysningene stemmer før man tar stilling til om vitnet har forklaringsplikt eller ikke.

Etter vår oppfatning er utkastets § 10-4 annet ledd siste pkt. overflødig og bør tas ut av bestemmelsen hvis man vil gå videre med forslaget.

2.5.5 § 10-5. Opplysninger mistenkte og vitner plikter å oppgi

Formålet med denne opplysningsplikten til politiet og retten er todelt. Dels skal disse opplysningene gis i identifiseringsøyemed, slik at politi og domstoler vet hvem en har med å gjøre. Dels gis opplysningen for å kunne gjenfinne vedkommende f.eks. i forbindelse med en senere innkalling til et rettsmøte.

Utvalgets mandat har bl. a. vært å modernisere straffeprosessloven slik at den er tidsriktig i forhold til dagens teknologiske nivå og dessuten ta høyde for en fremtidig utvikling. Vi reiser derfor spørsmålet om man bør vurdere å kreve at de som avhøres også bør være forpliktet til å oppgi telefonnummer, e-postadresse og andre kontaktplattformer som f.eks. sosiale medier. Vi mener at det er behov for en ytterligere utredning på dette punktet.

2.5.6 § 10-6. Alminnelige regler om gjennomføringen av avhør

Til første ledd: Begrepet "sikrer god kommunikasjon" er upresist og skjønnspreget, men gir samtidig rom for individuell tilpasning der det er behov for dette. For å gi rettsanvenderne veiledning om hvilke elementer dette særlig kan omfatte bør forarbeidene til loven utdype hvilke vurderinger som bør gjøres. Et godt utgangspunkt bør etter vår oppfatning være henvisninger til straffeprosessloven §§ 133 og 134.

Til femte ledd: Vi savner en parallell regel som i dag finnes i straffeprosessloven § 129 første ledd. Nærmere bestemt at det tas forbehold om at enkelte vitner, typisk politivitner, kan følge forhandlingene selv om de er innkalt som vitner og skal vitne i saken. Dette er praktisk, særlig i større saker, der det er behov for bisitter(e) til aktor. Det kan anføres at politiet da bør bruke en annen bisitter enn den som er vitne. Politiet vil imidlertid ikke alltid ha kontroll på hvem forsvareren innkaller som vitne og behovet for å ha med seg etterforskere som kjenner saken godt kan være en viktig forutsetning for en effektiv og god gjennomføring av hoved- eller ankeforhandlingen.

2.5.7 § 10-7. Tilrettelagt avhør. Avhør av barn og visse andre sårbare personer

Tilrettelagte avhør og gjennomføringen av disse forstås av politiet og det er dermed de som har erfaring med håndteringen av disse. Vi legger til grunn at samtlige politimestere har kommentert innholdet i denne bestemmelsen.

Oslo statsadvokatembeter har imidlertid erfaring med tilrettelagte avhør gjennom bruk av avhørene i hoved- og ankeforhandling og vi finner derfor grunn til å kommentere enkelte deler av forslaget. Vi har videre hatt fokus på tilrettelagte avhør og kvaliteten på disse under våre inspeksjoner av politidistriktene.

1) Utvalget går inn for å fjerne aldersgrensene som i dag reguleres av straffeprosessloven § 239 første og annet ledd, og erstatte det med en skjønnsmessig vurdering idet det er tatt inn et forbehold om at barn under 16 år "som regel" skal avhøres ved tilrettelagt avhør. Dette forslaget er en naturlig følge av utvalgets forslag om barns forklaringsplikt og forklaringsfritak. Oslo statsadvokatembeter er uenig i den reverseringen av relativt nylig vedtatte regler som var gjenstand for grundig forarbeid og grundige overveielser i Prp.112 I (2014-2015). Vi viser til våre kommentarer til utkastets § 9-3 annet ledd.

Etter vår oppfatning har reglene som i dag gjelder, fungert godt og vi frykter at en regel som utvalget har foreslått vil invitere partene til prosess rundt om et vitne bør forklare seg ved tilrettelagt avhør eller ikke.

Det vil også svekke politi og påtalemyndighets forutberegnelighet å gjøre reglene så fleksible som utvalget foreslår. En mulig konsekvens kan være at politiet i en konkret sak vurderer at det ikke er behov for tilrettelagt avhør, men at retten under hovedforhandling kommer til at det behovet allikevel foreligger må saken antageligvis utsettes i påvente av at tilrettelagt avhør tas. Dette vil medføre ekstraarbeid både for politiet, for påtalemyndigheten og for retten.

2) Vi konstaterer at utvalget også vil tilbake til situasjonen før lovendringen som trådte i kraft 2. oktober 2015, slik at forsvarer alltid skal være tilstede under tilrettelagte avhør. Vi regner med at politiet vil gi fylldige svar på dette området.

Det er mulig det er litt for tidlig å trekke noen endelige konklusjoner om reglene som gjelder i dag om forsvarers tilstedeværelse under de til rettlagte avhørene. De tilbakemeldingene vi har fått fra politiet er at reglene har fungert godt. Dette går bl a. på at det er lettere å få berammet avhørene når tidspunktet kan avklares med færre deltagere. (Det er andre grunner enn dette som gjør at politiet i liten grad klarer å oppfylle fristene for avhør. Det vises i den forbindelse til våre inspeksjonsrapporter av de ulike geografiske driftsenhetene i Oslo og Øst politidistrikter våren 2017).

Et sentralt spørsmål er om behovet for forsvarers tilstedeværelse og dermed mistenktes kontradiksjon er ivarettatt ved dagens ordning. Dette ble grundig drøftet i Prp.112 L (2014-2015). Kontradiksjonsadgangen er sikret ved mistenktes rett til å begjære supplerende avhør etter at det tilrettelagte avhøret er tatt. Det har vist seg etter ikrafttreddelsen at denne adgangen benyttes i svært liten grad. For en nærmere redegjørelse rundt dette vises bl. a. til våre inspeksjonsrapporter som nevnt over.

I og med at de regler som gjelder i dag er relativt nye mener Oslo statsadvokatembeter at forlagene til endringer som utvalget foreslår bør bortfalle.

2.5.8 § 10-8. Opptak og nedtegnning av forklaringer

Utvalget foreslår at det i utgangspunktet skal tas lyd- og bildeopptak av alle politiavhør og at det snarest mulig skal skrives rapport fra avhøret. I sin kjerne er forslaget i overensstemmelse med riksadvokatens rundskriv om politiavhør (Rundskriv nr. 2/2016). Disse reglene er i praksis allerede gjennomført i politiet.

Oslo statsadvokatembeter støtter forslaget, men har allikevel enkelte kommentarer.

Lyd- og bildeopptak av forklaringer både i politiavhør og av forklaringer gitt i retten er, med dagens teknologi og lagringsmuligheter, god bevissikring og en selvsagt fremgangsmåte. Ordningen vil ganske sikkert virke preventivt for de som vurderer å endre forklaring i retten i forhold til politiforklaring og i lagmannsretten i forhold til i tingretten.

Det har imidlertid ikke vært gjennomført en analyse av om fremgangsmåten medfører et behov for ytterligere forberedelser før påtaleavgjørelse fattes eller i forberedelsesfasen til hoved – og ankeforhandling. En politirapport vil være til god nytte, men vil ofte være beheftet med unøyaktigheter og med rom for personlig tolkning. Hvis siktede eller et vitne skal konfronteres med sin egen politiforklaring bør konfrontasjonen så godt som mulig være med avhørtes egne ord. Hvis utviklingen krever at det er behov for å lytte igjennom avhørene som ledd i forberedelsene, vil dette bety omfattende merarbeid for både politijurister og statsadvokater.

Bruken av begrepet "sammendrag" i annet ledd bokstav kan lede tankene til at det kun er aktuelt å bruke sammendragsformen i politiavhør, mens riksadvokaten på side 7 i nevnte rundskriv også åpner for dialogutskrift (som brukes bl. a. i tilrettelagte avhør) og diktat til lydopptak (som er hovedfremgangsmåten for politiarbeid på stedet). Vi antar at meningen

ikke er å ekskludere disse måtene å nedtegne et politiavhør på men ønsker altså å påpeke at ordet "sammendrag" kan lede til misforståelser i denne sammenheng.

2.5.9 § 10-9. Førings av forklaringer under hoved- og ankeforhandling

Til § 10-9 fjerde ledd, første punktum jf. tredje ledd bokstav c)

Utvalget går inn for at reglene om opplesning av vitneforklaringer "*praktiseres slik at det, i motsetning til hva som kan utledes av EMD-praksis, ikke skal være adgang til å gjengi en sentral forklaring i saken når det ikke på noe stadium er gitt tilfredsstillende adgang til å stille vitnet spørsmål.*" (Utredningens kap. 13.5.2.4, side 287 annen spalte). Det heter videre, for å vise skillet mellom den foreslåtte ordningen og den amerikanske ordningen med et absolutt forbud: "*En forsvarlig tilnærming er å tillate bruk av en vitneforklaring uten kontradiksjon når det fremstår som trygt i lys av det øvrige bevismaterialet.*"

Forslaget er etter Oslo statsadvokatembeters godt og grundig akademisk drøftet i kap. 13.5.2.4, men allikevel noe tilsløret, i den forstand at man i kommentarene til § 10-9 kun beskriver dette som en "justering" uten å gå inn i realiteten, slik det er gjort i kap. 13.5.2.3.

Vi savner en klargjøring av hvilke praktiske konsekvenser en slik lovregel vil ha. Det er jo et viktig formål med en høring, men man kunne i alle fall ha skissert enkelte konsekvenser. Vi savner også en vurdering av hvilken betydning det har at alle politiavhør nå skal tas opp på lyd (og i alvorlige saker også på video) i forhold til domstolens mulighet til å vurdere troverdighet/sannhetsgehalt i forhold til tidligere når man leste opp en forklaring som var ført i pennen av en polititjenestemann.

Vi er naturligvis enige i at kontradiksjon er viktig og at det fra tid til annen kan innebære en risiko å tillate bevis ført uten at det er mulig å stille spørsmål til den som presenterer opplysninger. Dette oppveies imidlertid til en viss grad av at bevis uten kontradiksjon normalt tillegges mindre vekt som et resultat at en samvittighetsfull bruk av prinsippet om rettens frie bevisvurdering.

Også når det gjelder dette endringsforslaget savner vi at utvalget redegjør for mothensynene og konsekvensene i sine drøftelser.

Som vi har vært inne på tidligere i høringsuttalelsen, er det materielle sannhetsprinsipp på vikende front på flere viktige områder. Vi har tidligere gitt uttrykk for hvorfor vi mener at dette er uheldig. Et viktig argument er at absolutte prosessuelle regler kan lede til absurde resultater i viktige og alvorlige enkeltsaker, noe som igjen vil kunne bidra til å gi lavere tillit til strafferettspleien.

Vi vil, ved hjelp av oppkonstruert eksempler, peke på enkelte praktiske konsekvenser av et absolutt forbud mot bruk av politiforklaringer der vitnet ikke møter til hovedforhandling. Selv om eksemplene her er oppkonstruerte, betyr ikke det at de er upraktiske. Med noe lenger tid til disposisjon kunne vi pekt på en rekke konkrete saker der problemstillingen har vært, og er, aktuell.

Eksempel: En mann blir anmeldt og senere tiltalt for omfattende mishandling av sin kone og sine barn. Ved egen hjelp eller andres hjelp presser eller truer han sin kone og sine barn til å utebli fra hovedforhandlingen med det resultat at kona og barna, av frykt for ytterligere vold, rømmer utenlands forut for hovedforhandling i hensikt å unndra seg oppmøte i domstolen.

Deres forklaringer er viktige og politiforklaringen kan dermed ikke føres under hovedforhandling. Dette er ikke et sjeldent forekommende problem og vi frykter at en ordning der det aldri er anledning til å føre politiforklaringer som bevis i slike tilfeller, snarere vil motivere dem som vurderer å true vitner til taushet, å gjennomføre dette enn å forebygge slik trusler.

Beviskravet for å føre politiforklaringen i slike tilfeller, etter dagens regler, antas å være "sterkt overveiende sannsynlig" jf. Rt. 1994 side 569.

Enda mer påfallende blir det hvis truslene anmeldes til politiet i forkant av hovedforhandling, saken etterforskes og påtalemyndigheten finner at det kan bevises utover enhver rimelig tvil at vitnet har vært utsatt for vitnepåvirkning og dermed tar ut tiltale etter straffeloven § 157 eller § 158.

Hvis tiltalte istedenfor å true velger å drepe sin kone og/eller sine barn i forkant av hovedforhandling, kan man reise spørsmålet om de fornærmedes politiforklaringer i mishandlingssaken kan brukes som bevis i straffesaken som nå også gjelder drap. Med de reglene som er foreslått av utvalget vil dette neppe la seg gjøre.

Alvorlige trusler mot vitner med formål om at de ikke skal møte i retten forekommer naturligvis ikke bare i saker som gjelder mishandling i nære relasjoner. Man kan trygt si at jo alvorligere en straffesak er, jo hyppigere forekommende er trusler og vold mot vitner.

Vi minner om at kravet etter den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6.1 er "fair trial" – altså rettferdig rettergang. Det er grunn til å spørre om det har noe med rettferdig rettergang for tiltalte å gjøre når den tiltalte aktivt har sørget for at et viktig vitne ikke møter til hovedforhandling.

Også i andre sakstyper, f.eks. umulighetstilfellene, vil et totalforbud i gitte situasjoner kunne gi uønskede eller til dels absurde resultater ut fra en nøktern vurdering av begrepet rettferdighet. Slike resultater vil kunne forebygges ved å gi regler som er i overensstemmelse med den Europeiske menneskerettighetsdomstols (EMD) tolkning av EMK art. 6 nr. 1.

Utvalget er tydelig på at de mener det er grunn til å gå lenger enn det EMD-praksis krever når det gjelder opplesning av tidligere avgitte forklaringer der et vitne ikke møter til hovedforhandling. (Hvis vitnet har møtt til hovedforhandling, vil formodentlig tiltalte fått anledning til å stille spørsmål i tingretten. I de fleste saker vil man da kunne spille av tingrettsforklaringen i lagmannsretten).

Nasjonal lovgivning kan naturligvis strekke seg lenger enn de minimumsstandardene som EMK art 6 nr. 1 gir anvisning på. Det må bero på en helhetsvurdering av hvilke prosessregler som ellers gjelder og hvilken balanse man finner det er behov for for så vidt gjelder siktedes rettssikkerhet og myndighetenes behov for å oppklare straffesaker. Myndighetens oppklaring av straffesaker vil for øvrig som oftest korrespondere med den fornærmedes ønske om å oppklare straffesaken.

Oslo statsadvokatembeter er av den oppfatning at konsekvensene av en absolutt regel som foreslått vil kunne bli så store, særlig i de alvorlige straffesakene, at dette vil kunne bidra til å svekke tilliten til domstolenes evne til å avsi materielt riktige avgjørelser. Vi er også bekymret for at en slik løsning vil invitere og motivere en siktet til press og trusler mot vitner fordi "gevinsten" er så stor.

2.5.10 § 10-10. Anonyme vitner

Vi oppfatter forslaget grovt sett som en videreføring av gjeldende rett som er regulert i straffeprosessloven §§ 130 a og 234 a. Til utformingen av bestemmelsen som sådan har vi ingen merknad.

Oslo statsadvokatembeter finner allikevel grunn til å bemerke at bestemmelsene om anonyme vitner i liten grad brukes, og mindre enn det påtalemyndighetene mener det er reellt behov for. Bakgrunnen for dette er at gjeldende rett i mange saker ikke gir tilstrekkelig trygghet for at vitnets identitet ikke blir skjermet på tilstrekkelig måte. Særlig er vi bekymret for at antallet personer som er kjent med vitnets riktige identitet er for stort.

Vi er kjent med at Det Nasjonale Statsadvokatembetet har skrevet om nettopp dette i sin høringsuttalelse (kap. 8, side 16 flg.) og har gått inn for at loven endres slik at et mindre antall mennesker blir kjent med vitnets identitet. Vi antar at det i så fall blir behov for ytterligere arbeid og en høringsrunde om et eventuelt endringsforslag. I denne omgang nøyer Oslo statsadvokatembeter seg med å slutte seg til synspunktene og forslaget til Det Nasjonale statsadvokatembetet.

2.5.11 § 10-11. Forskrifter om tilrettelagt avhør

Ingen merknad.

2.6 Kapittel 11. Sakkyndighet

2.6.1 § 11-1. første ledd og § 11-3. første ledd

I utredningens kap. 13 6.3.2 (side 291 flg.) understreker utvalget at de sakkyndige skal uttale seg innenfor det fagfeltet de har særlig kunnskap om. I utkastet til lovtekst reflekteres dette i § 11-1 første ledd – "med særlig kunnskap eller erfaring på et bestemt felt" og i § 11-3-første ledd bokstav a) – at mandatet skal besvares "på etterprøvable kunnskap". I dette ligger det bl.a. at de sakkyndige ikke skal ta stilling til om den diagnosen de stiller fyller straffelovens krav for utilregnelighet. Dette er i overensstemmelse med de synspunkter som Tilregnelighetsutvalget (NOU 2014:10) kom til.

Oslo statsadvokatembeter støtter dette forslaget.

2.7 Kapittel 12. Bevissikring i retten

Ingen merknad.

3 DEL 3. ETTERFORSKING OG TVANGSTILTAK

3.1 Generelle bemerkninger

Lovutkastets del 3 inneholder en rekke endringsforslag, både hva gjelder systematikk og hva gjelder innhold. Endringene foranledninger kommentarer fra Oslo statsadvokatembetet.

Innledningsvis bemerkes at utvalgets forslag om overskrifter til den enkelte bestemmelse er pedagogisk og gir god oversikt over bestemmelsenes innhold. Videre støttes at bestemmelser om tvangsmidler samles, også de som ikke er regulert i gjeldende lovs fjerde del. Hvorvidt dette medfører at terminologien av den grunn bør endres fra tvangsmiddel til tvangstiltak, er Oslo statsadvokatembetet usikker på, hvilket blir kommentert nærmere i tilknytning til kapittel 14. Utvalget har i lovutkastet også gjort betydelige forenklinger hva gjelder mistankekrav og kriminalitetskrav, hvilket i hovedsak støttes – dog slik at konsekvensene for det enkelte tvangsmiddel etter vårt syn, trekker for langt og som vil bli kommentert nærmere nedenfor i tilknytning til de aktuelle bestemmelser.

Oslo statsadvokatembetet vil fremheve at systematikken som utvalget har foreslått, særlig hva gjelder tvangsmidlene, innebærer stor grad av krysshenvisninger og er svært lite pedagogisk. Det er til tider, uklart hvem som har beslutningskompetanse og i hvilke tilfeller beslutninger skal prøves av domstolene, hvilket er uheldig. Selv om dagens ordning medfører gjentakelser er det etter vårt syn, langt mer oversiktlig når det klart fremgår av den enkelte tvangsmiddelbestemmelse, hva som kan besluttes, av hvem og når.

3.2 Kapittel 13. Alminnelige regler om etterforskning

3.2.1 § 13-2. Vilkår for etterforskning

Utvalget viderefører kravet om rimelig grunn til å etterforske, hvilket vi støtter. Videre støttes en lovfesting av hvilke skjønnsmessige momenter som har betydning for vurderingen i utkastet § 13-2 annet ledd.

Til utkastet § 13-2 tredje ledd foreslås en endring av ordlyden, slik at man unngår mulig uklarheter om forholdet mellom "rimelig grunn" og "holdepunkter for". Ordlyden foreslås endret til:

(3) Etterforskning med formål som nevnt i § 13-1 annet ledd bokstav c kan foretas uavhengig av om vilkårene i første ledd er til stede.

Vi stiller for øvrig spørsmål ved rekkefølgen av lovbestemmelsene og synes det hadde vært naturlig at bestemmelsen om vilkårene for etterforskning kom før bestemmelsen om formålet med den.

3.2.2 § 13-4. Ansvar for og styringen av etterforskningen

Utvalget foreslår å lovfeste gjeldende rett om at påtalemyndigheten har det øverste ansvaret for etterforskningen. Oslo statsadvokatembetet støtter dette. Vi vil imidlertid understreke viktigheten av et godt samarbeid mellom den påtalemessige og politifaglige ledelsen, noe utvalget også kommenterer på s. 302. Vi registrerer at utvalget på s. 594 klart gir uttrykk for

at bestemmelsen ikke innebærer behov for mer detaljstyring enn i dag. For at etterforskingen skal både være god og effektiv, er det helt sentralt at den politifaglige ledelse kan styre etterforskingen i det daglige og ta polititaktiske beslutninger underveis, uten å måtte innhente beslutning om dette fra påtalemyndigheten.

3.2.3 § 13-5. Grunnleggende krav til etterforskingen

Utvalget viderefører i § 13-5 annet ledd gjeldende rett hva gjelder kravet om at etterforskingen skal skje raskest mulig. Hva gjelder utkastets forslag om rett til rettslig prøving etter utkastet § 28-1 første ledd, vises det til det som er skrevet nedenfor knyttet til denne bestemmelsen.

I lovutkastet § 13-5 tredje ledd foreslår utvalget en generell bestemmelse om at etterforskingen skal dokumenteres. Bakgrunnen for forslaget skal være at politiet ikke alltid etterlever dagens krav om å skrive rapporter. Selv om gjeldende straffeprosesslov ikke inneholder en slik bestemmelse, er det liten tvil om at dette er gjeldende rett også i dag. Det er helt avgjørende at politiet har notoritet over både positive og negative etterforskningsskritt, og vår oppfatning er at politiet blir stadig flinkere til dette. Oslo statsadvokatembeter stiller spørsmål ved om det er behov for en slik bestemmelse, og hvilke konsekvenser det eventuelt kan ha om plikten ikke er overholdt. Utvalget uttaler på s. 595 at *"et utgangspunkt er at det skal sikres dokumentasjon for hvilke undersøkelser som er foretatt, hva som er fremkommet og at lovens regler er fulgt"*. Det fremstår imidlertid som uklart hvordan utvalget mener det skal fremgå at lovens regler er fulgt. Til eksempel vil det ved beslag dokumentføres en beslutning om beslag, samt rapport over beslaget. Etter vår oppfatning er dette tilstrekkelig både for å få kunnskap om hva som er gjort, av hvem og når.

3.2.4 § 13-6. Underretning om anmeldelse og etterforsking. Skjult etterforsking

Det foreslås innført en generell bestemmelse om plikt til å underrette om anmeldelse og etterforsking. I utkastet § 13-6 første ledd skal underretningsplikten gjelde overfor mistenkte, fornærmede, direkte skadelidte, etterlatte og berørte myndigheter. Etter vårt syn har bestemmelsen en rekke svakheter. Det fremgår ikke når underretning skal gis, selv om utvalget på s. 595 uttaler at *"dette skal skje rutinemessig og innen rimelig tid etter at anmeldelse er mottatt"*. Videre fremgår det ikke hvilke opplysninger underretningen må inneholde - hvem som har anmeldt? for hva? Det fremgår heller ikke klart av bestemmelsen hvem som har kompetanse til å beslutte utsatt eller utelatt underretning, jf. utkastet § 14-10.

Underretning skal som hovedregel gis "mistenkte", som etter utkastet § 3-1 første ledd er *"den forfølgningen retter seg mot"*. I en rekke straffesaker vil det ofte være flere personer politiet har søkelyset mot, særlig i den innledende fasen. Dersom disse som hovedregel skal varsles om dette, kan etterforskingen bli skadelidende. Oslo statsadvokatembeter registrerer imidlertid at det kan gjøres unntak for underretning blant annet av hensyn til *"etterforskingens øyemed"*, jf. utkastet § 6-4 første ledd bokstav c. Bestemmelsen har en side til utvalgets forslag om fjerne skillet mellom mistenkt og siktet – når er man mistenkt nok? Dette er nærmere kommentert foran i tilknytning til utkastet § 3-1.

Det vises også til det som skrevet om underretning hva gjelder skjult etterforsking i tilknytning til utkastet § 20-8.

3.2.5 § 13-7. Begjæring fra mistenkte og andre om etterforskingsskritt

Oslo statsadvokatembeter støtter en generell bestemmelse om adgangen til å be om etterforskingsskritt. Særlig er det av stor betydning at begjæringer må begrunnes og vi merker oss at utvalget på s. 596 uttaler at det skal mindre til avslå begjæringen om den er for generell. Utvalget uttaler videre at uttrykket "etterforskingsskritt" skal omfatte enhver form for innhenting, sikring og analyse av informasjon. Det er uklart hva utvalget legger i dette. Etter vår mening kan ikke politiet pålegges å utarbeide eksempelvis saksanalyser for forsvarer i de tilfeller der politiet/påtalemyndigheten mener dette ikke er relevant.

3.3 Kapittel 14. Tvangstiltak. Grunnvilkår og fellesregler

Til dette kapitlet bemerkes at Oslo statsadvokatembeter ikke ser grunn til å endre terminologien fra tvangsmiddel til tvangstiltak. Tvangsmiddelbegrepet er godt innarbeidet og til tross for at utkastets kapittel 14 samler bestemmelser som i dag ligger utenfor gjeldende lovs fjerde del, mener vi det ikke er nødvendig å endre terminologi. Vi kan heller ikke se at begrepet "tvangstiltak" er mer egnet til "å lede tanken i riktig retning" enn gjeldende terminologi.

Vi har tidligere påpekt at systematikken som er valgt synes lite hensiktsmessig, selv om vi kan forstå tanken om å særskilt begrunne unntak. Unntakene er så vidt mange at den som anvender loven, stadig må veksle mellom lovens hovedregler i kapittel 14 og unntakene som er inntatt i de enkelte bestemmelser. Resultatet blir etter vårt syn, at systematikken lett kan skape usikkerhet hos brukeren. Dette er svært uheldig, særlig fordi bestemmelsene regulerer hvilke inngrep som kan foretas og når. Særlig på dette området er det viktig at straffeprosessen fungerer som en håndbok og hvor man i størst mulig grad unngår uklarheter rundt helt vesentlige spørsmål som hvem har kompetanse – når og for hva. Oslo statsadvokatembeter mener at disse bestemmelsene er så sentrale, at det må klart fremgå av den enkelte bestemmelse hva som er mistankekravet og kriminalitetskravet, samt hvem som har kompetanse til å beslutte bruken.

I tillegg nevnes at reglene heller ikke bør være uklare når det gjelder spørsmål om rett eller plikt til rettslig prøving av påtalemyndighetens beslutninger.

3.3.1 § 14-1. Grunnvilkår for tvangstiltak. Mistanke-, kriminalitets- og forholdsmessighetskrav

Utvalget foreslår å videreføre et grunnleggende krav om "skjellig grunn til mistanke" og slik vi forstår det, med samme innhold som i dag. Dette tiltres.

Til bestemmelsens første ledd, første punktum bemerkes at det bør tydelig fremgå av ordlyden at også pågående handlinger og forsøkshandlinger omfattes. Utkastets ordlyd er for øvrig lite treffende når det gjelder tvangsmidler som beskrevet i kapittel 21, hvor den straffbare handlingen ikke nødvendigvis er påbegynt.

Utkastet § 14-1 første ledd, annet punktum, slår fast at i de tilfeller der tvangsmiddelet er rettet mot en mistenkt, så må mistankekravet gjelde overfor vedkommende. Dette forslaget vil, dersom man tar lovteksten på ordet, medføre at man ikke kan ta beslag hos personer som det ikke foreligger skjellig grunn til å mistenke for å ha gjort noe straffbart. For eksempel kan nevnes at politiet finner en stjålet sykkel hos en person som åpenbart har vært i god tro. Etter gjeldende rett kan det tas beslag i sykkelen etter straffeprosessloven § 203 annet punktum.

Lovutkastets kapittel 19 inneholder så vidt vi kan se, ingen unntak fra § 14-1. Det er høyst uklart om politiet da har anledning til å ta sykkelen i beslag etter utvalgets forslag.

3.3.2 § 14-3. Myndighet til å beslutte tvangstiltak. Begjæring. Hastetilfeller. Kontroll

Bestemmelsen er generell og gjelder alle tvangsmidler som er regulert i del 3 i lovutkastet. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er det særlig dette forslaget som skaper uklarhet og usikkerhet, all den tid den enkelte bruker må anvende forskjellige bestemmelser for å få oversikt over hvem som har kompetanse i den enkelte tilfelle.

Til utkastet § 14-3 første ledd

Hva gjelder politimesterens foreslåtte kompetanse til å beslutte tvangstiltak i henhold § 21-5, vises det til våre kommentarer til denne bestemmelsen.

Til utkastet § 14-3 annet ledd

Hva gjelder påtalemyndighetens kompetanse har utvalget foreslått å gjøre hastekompetansen generell. Dette tiltres. Av utkastet fremgår at "*spørsmål om å opprettholde tvangstiltak skal snarest mulig bringes inn for retten.*" Dette gjelder som utgangspunkt alle beslutninger der hastekompetansen er benyttet og, dersom vi har forstått dette riktig, uavhengig av om den inngrepet retter seg mot krever en rettslig prøving. Bestemmelsen synes unødig rigid og vil innebære at et stort antall beslutninger regelmessig skal prøves av domstolen. Ordlyden gir også rom for usikkerhet knyttet til hva det vil si "*å opprettholde tvangstiltak*". Skal for eksempel beslutninger om ransaking bringes inn for retten? Det er vanskelig å se for seg en opprettholdelse av ransaking og spørsmålet er om retten skal foreta en etterfølgende kontroll av om vilkårene for tvangsmiddelet foreligger. Det fremgår imidlertid av motivene på s. 598 til utkastet § 14-3 annet ledd, tredje punktum at retten skal foreta en etterfølgende godkjenning og ta stilling til og vurdere om vilkårene for inngrepet var til stede. Dersom dette skal gjelde for alle beslutninger tatt av påtalemyndigheten ved bruk av hastekompetanse skal for eksempel samtlige beslutninger om ransaking oversendes retten for etterfølgende kontroll. Hvilke konsekvenser det får om retten kommer til at vilkårene ikke forelå hefter det usikkerhet om. Vil det innebære at de bevis og den informasjon som er funnet ved ransakingen er ulovlig ervervet? Dersom det er tatt beslag ved ransakingen vil uansett den som beslaget retter seg mot, kunne bringe spørsmålet om å opprettholde beslaget inn for retten i henhold til utkastet § 19-1 femte ledd. Dersom selve beslutning om ransaking skal prøves av retten er det også grunn til å stille spørsmål om behov for eventuelt å ha regler om rettslig prøving av opprettholdelse av beslag.

Utkastet foreslår videre å innføre en regel om at for det tilfelle påtalemyndigheten har besluttet kommunikasjonskontroll, hemmelig ransaking og beslag mm, skal dette forelegges for retten senest innen 24 timer etter at tvangsmiddelet er iverksatt, jf. utkastet § 14-3 annet ledd, tredje punktum. Det er ikke gjort unntak for det tilfelle fristen utløper utenom rettens ordinære åpningstid slik gjeldende rett tar høyde for, jf. strpl. § 216 d første ledd. Gjeldende rett bør etter vårt syn videreføres.

Til utkastet § 14-3 tredje ledd

Det foreslås å utvide påtalemyndighetens plikt til å utføre legalitetskontroll med polititjenestemenns beslutninger, i tillegg til å ta stilling til om vilkårene for fortsatt inngrep er til stede. At påtalemyndigheten har en plikt til både på generelt grunnlag å veilede og korrigere polititjenestemenn ved deres utøvelse av myndighet er det enighet om, men å innføre en generell plikt til legalitetskontroll i forhold til den enkelte beslutning synes lite hensiktsmessig. Konsekvensen vil være at polititjenestemenn jevnlig må kontakte

påtaleansvarlige for en etterfølgende godkjennelse av tvangsmiddelbruken, herunder beslutning om avsperring av steder etter utkastet § 18-8. Igjen må det stilles spørsmål hvilke konsekvenser eventuelle feil fra polititjenestemannen får – blir beviset å anse som ulovlig ervervet?

Til utkastet § 14-3 fjerde ledd

I følge utvalget klargjør bestemmelsen at enhver beslutning kan overprøves av den som har beslutningsmyndighet. Det fremgår av motivene på s. 598 at retten selv kan, *"om den får befatning med saken innenfor den fastsatte tidsrammen – etter begjæring fra noen som er berørt, eller på annen måte – fritt omgjøre sin beslutning"*. Hva det vil si at retten "på annen måte" får befatning med saken er ikke nærmere kommentert og fremstår som uklart.

3.3.3 § 14-5. Gjennomføring av tvangstiltak. Adgang til maktbruk og krav til skånsomhet. Innbrudd. Uriktige identifikasjonsdokumenter

Utkastet § 14-5 tredje ledd viser til at det kan foretas "innbrudd" i gitte tilfeller. Begrepet "innbrudd" er ikke videreført i ny straffelov, og bestemmelsen bør endres i samsvar med gjeldende rett.

3.3.4 § 14-6. Plikt til å medvirke til gjennomføring av tvangstiltak. Tilgangsupplysninger. Biometrisk autentisering

Det vises til Oslo statsadvokatembeters høringsuttalelse vedrørende biometrisk autentisering av 7. februar 2017.

3.3.5 § 14-7. Taushetspålegg

Oslo statsadvokatembeter er enig i at påtalemyndigheten bør gis adgang til å pålegge taushetsplikt. Det bemerkes imidlertid at konsekvensene av eventuelle brudd på denne taushetsplikten er uklar. Strl. 2005 § 209 regulerer brudd på taushetsplikt i henhold til lovbestemmelse eller forskrift.

3.3.6 § 14-10. Underretning om tvangstiltak. Utsatt eller unnlatt underretning

Bestemmelsen regulerer en generell underretningsplikt overfor *"den et tvangstiltak er rettet mot"*, jf. utkastet § 14-10 første ledd. Bestemmelsen omfatter alle tvangstiltak. I fjerde ledd fremkommer det at underretning senest skal gis ved tiltale eller henleggelse. Annet og tredje ledd regulerer adgangen til utsatt underretning. For det tilfelle påtalemyndigheten treffer beslutning om utsatt underretning, må denne eventuelt oversendes retten for opprettholdelse innen 24 timer. Det er heller ikke her gjort unntak for det tilfelle fristen utløper utenom rettens ordinære åpningstid slik gjeldende rett tar høyde for, jf. strpl. § 216 d første ledd – se pkt. 2.3.3.2. Gjeldende rett bør etter vårt syn videreføres også her.

Oslo statsadvokatembeter mener at valg av systematikk også her skaper uklarheter om hvem som kan beslutte, når det kan besluttes og for hvor lenge. For eksempel kan det vises til utkastet § 18-5 hvor det fremgår at ransaking kan skje uten at mistenkte eller andre tiltaket er rettet mot skal varsles *dersom det antas å være av vesentlig betydning for etterforskningen*. Etter utkastet § 14-10 annet ledd skal det ikke gis underretning om pågående tvangstiltak, herunder hemmelig ransaking. Underretning skal da først gis når tvangstiltaket er avsluttet. I medhold av § 14-10 tredje ledd kan underretning utsettes dersom underretning *"vil være til vesentlig skade for etterforskningen i saken eller annen verserende sak hvor det kan besluttes*

*utsatt underretning eller hensynet til politiets etterforskningsmetoder eller omstendighetene for øvrig gjør det nødvendig". § 14-10 tredje ledd utvider når hemmelig ransaking kan finne sted sett opp mot ordlyden i § 18-5. Det er uklart om § 14-10 tredje ledd gjelder beslutning om utsatt underretning generelt eller utsatt underretning om avsluttet tiltak, selv om det fremgår av utredningen på s. 600 at annet ledd regulerer iverksettelse, mens tredje ledd regulerer underretning når tiltaket er avsluttet. Dette til tross for at § 14-3 annet ledd uttrykkelig regulerer at underretning skal skje *når tiltaket er avsluttet*.*

Det fremstår uansett ikke klart for oss i Oslo hvordan reglene er å forstå. Etter vårt syn bør dette tydeliggjøres, slik at det som i dag, klart fremgår hvilke vilkår som må være oppfylt. I strpl. § 200a fremgår det tydelig at vilkår for hemmelig ransaking følger av strpl. § 200a annet ledd, mens fortsatt utsatt underretning følger av bestemmelsens tredje ledd.

Etter utkastet har, som tidligere nevnt, retten primærkompetanse til å beslutte utsatt underretning for ovennevnte tvangstiltak, jf. § 14-10 tredje ledd. Påtalemyndigheten er gitt hastekompetanse etter § 14-10 fjerde ledd.

Ved lovvedtak 87 (2015-2016) fikk påtalemyndigheten myndighet til å beslutte at underretning om beslag kan utsettes for inntil åtte uker. Dette gjaldt for utsatt underretning ved beslag, utleveringspålegg og utleveringspålegg frem i tid, jf. straffeprosessloven §§ 208a, 210a og § 210c. Lovendringen gjaldt ikke for hemmelig ransaking.

Bakgrunnen for forslagene fremgår av Prop. 68L (2015-2016), som en slutter seg til. Departementet har vurdert at ovennevnte tvangstiltak skiller seg i alvorlighet fra hemmelig ransaking, der retten fremdeles har kompetanse.

Lovendringene er sentrale og viktige for politiets mulighet til i praksis å drive skjult etterforskning. En kan ikke se at utvalget har begrunnet hvorfor kompetansen skal tilbakeføres domstolen.

Hensett til at departementet og Stortinget nylig har vurdert reglene, foreslås at primærkompetansen til å beslutte utsatt underretning følger dagens kompetanseregler hva gjelder hemmelig beslag, utleveringspålegg og utleveringspålegg frem i tid. Dette betyr at § 14-3 annet ledd andre punktum må endres ved at henvisningene til §§ 19-2 og 19-8 fjernes, samt at det inntas en kompetansebestemmelse for påtalemyndigheten i §§ 19-2 og 19-8.

For øvrig bemerkes at bestemmelsene om utsatt underretning retter seg mot plikt til å underrette når *tiltaket er avsluttet*. En etterforskning vil regelmessig innebære bruk av flere tvangstiltak. Etter vårt syn bør regler om når underretning skal gis, knyttes til når etterforskningen som helhet er avsluttet. Det vises blant annet til våre kommentarer til utkastet §§ 20-8 og 21-1.

3.4 Kapittel 15. Meldeplikt, pågripelse og fengsling mv.

Utvalget inntar et klart standpunkt om at fengsling benyttes i for stor grad og som en del av dette gir utkastet en økt tydelighet hva gjelder "minsteinngrepsprinsippet". Oslo statsadvokatembeter er enig i at "minsteinngrepsprinsippet" enda klarere kan fremgå av loven og støtter at lovens oppregning i større grad tydeliggjør hvilke inngrep som skal og bør vurderes.

Oslo statsadvokatembeter er også enig i etterforskningen, også i dag, må innrettes på en måte som i størst mulig grad begrenser bruken av varetekt til de sakene der det er nødvendig. Likevel er vi ikke enig i at varetektsfengsling benyttes i flere saker enn det er behov for. I 2010 fikk Oslo statsadvokatembeter i oppdrag fra Riksadvokaten å foreta en undersøkelse og vurdering av fengslingspraksis. I den forbindelse undersøkte Oslo statsadvokatembeter samtlige saker hvor siktede var løslatt fra varetekt/overført til soning mv. i februar 2010 (for Oslo) og for februar og mars 2010 (for Søndre Buskerud). Det ble til sammen gjennomgått 72 saker og statsadvokaten hadde ingen bemerkninger til omfanget av fengslinger. I brev av 5. juli 2010 sluttet riksadvokaten seg i det vesentlig til dette og uttalte at "*økt bruk av varetekt synes å være et resultat av målrettet arbeid mot bekjempelsen av særlige kriminalitetsproblemer, herunder mobile vinningskriminelle utlendinger og asylsøkere som selger mindre mengder narkotika.*" Riksadvokaten uttalte videre at man ikke kunne konkludere med at fengsling ble benyttet i strid med regelverket, eller i større omfang enn nødvendig eller hensiktsmessig og at det heller var slik at flere kunne vært fengslet. Etter vårt syn er det lite som tyder på at dette er endret siden 2010 og vi stiller spørsmål ved om utvalgets utgangspunkt for vurderingene er i tråd med realitetene. I den forbindelse vises det til Oslo politidistrikts høringsvar på s. 31 hvorefter det fremgår at under 26 % av de innsatte sitter i varetekt.

3.4.1 § 15-1. Begrensinger i bevegelsesfriheten ved unndragelsesfare

Bestemmelsen regulerer hva som kan besluttes på grunn av unndragelsesfare. Hvem som kan beslutte dette fremkommer av hovedregelen i utkastet § 14-3 og unntaksbestemmelsen i utkastet § 15-13. Grunnvilkårene fremkommer av utkastet § 14-1. Etter vårt syn bør det for hvert tvangsmiddel klart fremgå hva som kan besluttes, av hvem og når, slik at uklarheter unngås i størst mulig grad.

Til utkastet § 15-1 første ledd bokstav e

Etter vår erfaring benyttes reglene om kausjon svært sjelden og således er lite praktiske. Det må sikres at midlene har lovlig opphav og reglene bærer, etter vårt syn, preg av "klassejustis".

Til utkastet § 15-1 andre ledd

Utkastet oppstiller et kriminalitetskrav på fengsel i 2 år eller mer for å kunne fengsle på unndragelsesfare. Etter vårt syn utelukker dette fengsling i flere saker der dette kan være nødvendig. Etter utvalgets forslag vil man ikke kunne fengsle blant annet i saker som gjelder:

- Trusler
- Kroppskrenkelse
- Brudd på besøksforbud/kontaktforbud
- Seksuell handling uten samtykke
- Grooming
- Seksuelt krenkende atferd overfor barn under 16 år
- Brudd på taushetsplikten

Også disse sakene vil kunne være alvorlige og nettopp i saker der det foreligger unndragelsesfare vil det være hensiktsmessig å kunne fengsle for å sikre at saken kan etterforskes ferdig og fremmes for retten. Også etter gjeldende rett vurderer påtalemyndigheten og retten behovet for fengsling blant annet ut fra sakens alvor og forholdsmessigheten ved fengsling. Etter Oslo statsadvokatembeters syn bør kriminalitetskravet reduseres betraktelig.

3.4.2 § 15-2. Begrensninger i bevegelsesfriheten ved bevisforspillelsesfare

Bestemmelsen regulerer hva som kan besluttes på grunn av bevisforspillelsesfare. Hvem som kan beslutte dette fremkommer av hovedregelen i utkastet § 14-3 og unntaksbestemmelsen i utkastet § 15-13. Grunnvilkårene fremkommer av utkastet § 14-1. Etter vårt syn bør det for hvert tvangsmiddel klart fremgå hva som kan besluttes, av hvem og når, slik at uklarheter unngås i størst mulig grad.

Til utkastet § 15-2 annet ledd

Det foreslås å innskrenke muligheten for å fengsle på bevisforspillelsesfare ved å innføre krav om at den straffbare handlingen må kunne medføre fengsel i 2 år eller mer, samt at bevisforspillelsesfaren må utgjøre en betydelig risiko for straffeforfølgningen. Det fremgår av motivene på s. 601 at sentrale momenter vil være graden av bevisforspillelsesfare, behovet for å hindre bevisforspillelse og informasjonsgrunnlagets kvalitet.

Til utvalgets forslag om å heve kriminalitetskravet til 2 år vises det til våre kommentarer under pkt. 3.4.1. I tillegg nevnes at politiet stadig oftere etterforsker "nettovergrepssaker". Flere av disse sakene gjelder seksuelt krenkende atferd som har en strafferamme på 1 år, hvilket etter lovutkastet ikke vil kunne begrunne fengsling på bevisforspillelsesfare.

Hva gjelder kravet om at bevisforspillelsesfaren må utgjøre en betydelig risiko for straffeforfølgningen, bemerkes at vilkårene etter gjeldende rett synes tilstrekkelig både for å ivareta behovet for å kunne etterforske uten risiko for at bevis påvirkes og for å verne den siktede mot unødig fengsling.

Utvalgets forslag om at fengsling på bevisforspillelsesfare ikke kan overstige 3 måneder er Oslo statsadvokatembeter uenig i. Som utvalget selv påpeker er det ofte i de alvorligste straffesakene at fengsling på grunn av bevisforspillelsesfare benyttes. Sakene er ofte komplekse, innebærer etterforskning mot flere personer og har regelmessig internasjonalt tilsnitt. Reglene må ta høyde for og kunne benyttes også når de virkelig alvorlige sakene oppstår. Dersom det for eksempel skulle finne sted en terroraksjon med internasjonale forgreninger på norsk jord, vil ikke utvalgets forslag ivareta behovet for rettslig bistand fra utlandet mens den/de siktede sitter fengslet. Erfaringsmessig kan dette ta lang tid, og kan også være helt sentralt i etterforskningen og således begrunne fengsling utover 3 måneder. Også de store narkotikasakene og menneskehandelsakene har forgreninger til utlandet. For at politiet skal kunne etterforske disse sakene kan det være avgjørende at de har mulighet til å fengsle sentrale personer utover 3 måneder.

I undersøkelsen fra Oslo statsadvokatembeter fra 2010 fant man at bevisforspillelsesfare ble påberopt i 28 % av begjæringene, og det var benyttet restriksjoner i 22 % av disse. I 67 % av sakene som ble gjennomgått hadde de fengslede ikke tilknytning til Norge. Som riksadvokaten påpekte i sitt brev til Justisdepartementet synes den økte bruken av varetekt å være et resultat av målrettet etterforskning. Det synes i lys av dette, lite hensiktsmessig å innskrenke politiets mulighet for å drive målrettet etterforskning blant annet av saker med internasjonale forgreninger.

Tall innhentet fra seksjon for organisert kriminalitet ved Oslo politidistrikt underbygger, etter vårt syn, behovet for å ha mulighet til å fengsle utover 3 måneder. Seksjonen etterforsker nettopp de alvorligste narkotikasakene og menneskehandelsakene. For 2015 viste tallene - innhentet ved manuell gjennomgang av fengslingsbegjæringen – at det var 52 personer begjært fengslet på bevisforspillelsesfare (alene eller i tillegg til annet fengslingsgrunnlag) i totalt 25 saker. Av disse var det 38 personer som satt fengslet i 12 uker eller mer. Tilsvarende

tall for 2016 viser at 93 personer var begjært fengsler på bevisforspillelsesfare (alene eller i tillegg til annet fengslingsgrunnlag) i totalt 43 saker. Av disse var det 26 personer som satt fengslet i 12 uker eller mer.

Til dette bemerkes også at det i saker som krever kriminaltekniske eller datatekniske undersøkelser og analyser fra for eksempel Kripes, Rettsmedisinsk institutt eller Folkehelseinstituttet, tar tid å ferdigstille etterforskningen. Av erfaring vet vi at det kan være til dels betydelig ventetid på å få svar på politiets anmodninger, noe som også må reflekteres i reglene om varetektsfengsling. I den forbindelse vises det eksempelvis til "nettovergrepssaker", som vi erfarer øker i både antall og omfang. Sakene krever betydelige ressurser og etterforskes over lengre tid, både på grunn av behovet for omfattende dataundersøkelser og antallet fornærmede. I Øst politidistrikt ("Romerike") har politiet etterforsket en slik sak siden august 2016. Saken har sitt utspring i "operasjon Darkroom" som etterforskes i Vest politidistrikt og omhandler både spredning av pornografi og seksuell omgang med barn under 14 år. Saken er krevende både på grunn behovet for til dels omfattende dataundersøkelser, samt at det er flere fornærmede fra ulike deler landet. Arbeidet med å identifisere disse er tidkrevende og behovet for å varetektsfengsle er stort inntil politiet har tilstrekkelig oversikt over saken slik at siktedes mulighet for å påvirke bevisene, herunder de fornærmedes forklaringer, er vesentlig redusert. I denne saken satt siktede på bevisforspillelsesfare med restriksjoner fra pågrepelse i august 2016 til januar 2017. Siktede er nå varetektsfengslet på gjentakelsesfare. Dersom utkastets forslag vedtas ville det medført at vedkommende ikke kunne ha sittet fengslet med restriksjoner i hele den perioden som politiet og retten mente det var nødvendig av hensyn til etterforskningen.

For ordens skyld bemerkes at det ikke er holdepunkter for å hevde at politiet - og derved også retten – benytter fengsling på bevisforspillelsesfare med restriksjoner utover det som er nødvendig av hensyn til etterforskningen i den konkrete saken. I Øst politidistrikt ("Romerike") etterforskes det også en omfattende nettovergrepssak hvor det per i dag er gjennomført over 70 tilrettelagte avhør av barn bosatt i hele Norge, i tillegg til vanlige avhør der fornærmede er over 16 år. Det er anslått at en vil stå ovenfor ca. 400 fornærmede innen saken ferdigstilles. Denne saken omfatter både forhold som har strafferamme på over to år, men også en rekke forhold som gjelder seksuell krenkende atferd og som har en strafferamme på 1 år. Siktede har sittet i varetekt siden august 2016 og da kun på fare for gjentakelse. I denne saken har politiet altså ikke vurdert at det var behov for fengsling med restriksjoner.

3.4.3 § 15-12. Restriksjoner under pågrepelse og fengsling. Isolasjon

For sammenhengens skyld velger vi å kommentere restriksjoner i tilknytning til bestemmelsen om bevisforspillelsesfare, hvilket – etter vårt syn – også burde vært gjort i lovutkastet.

Restriksjoner knyttes nå utelukkende til reglene om bevisforspillelse og utvalget foreslår å innskrenke muligheten for å beslutte restriksjoner betraktelig. Hva gjelder kravet om strafferamme på to år eller mer vises det til pkt. 3.4.1 og 3.4.2. Som der nevnt vil en rekke sakstyper falle utenfor bestemmelsen og politiet fratas muligheten for å etterforske disse sakstypene uten å kunne minimalisere faren for bevisforspillelse. Dette er uheldig. Også den foreslåtte absolutte grensen på fengsling på 3 måneder vil vanskeliggjøre politiets arbeid i de større sakene.

Når det gjelder utkastet § 15-12 tredje ledd, bør det for øvrig presiseres at kommunikasjon ikke kan begrenses med den oppnevnte forsvareren.

3.4.4 § 15-5. Begrensninger i bevegelsesfriheten ved fare for ny straffbar handling

Bestemmelsen regulerer hva som kan besluttes på grunn av gjentakelsesfare. Hvem som kan beslutte dette fremkommer av hovedregelen i utkastet § 14-3 og unntaksbestemmelsen i utkastet § 15-13. Grunnvilkårene fremkommer av utkastet § 14-1. Etter vårt syn bør det for hvert tvangsmiddel klart fremgå hva som kan besluttes, av hvem og når, slik at uklarheter unngås i størst mulig grad

Utvalget foreslår at fengsling utelukkende kan benyttes der det er fare for liv, helse eller frihet eller ved gjentatte lovbrudd av samfunnsskadelig karakter eller særlig plagsom art.

Det bemerkes at utvalgets forslag innebærer at vilkårene for særreaksjon og fengsling på grunn av gjentakelsesfare, likestilles.

3.4.5 § 15-7. Pågrepelse og fengsling av mistenkte for å sikre fremstilling

Oslo statsadvokatembeter tiltrer forslaget om at mistenkte kan pågripes og fremstilles for personundersøkelse og prejudisielle undersøkelser (etter utkastets terminologi er dette foreløpig undersøkelse). Bestemmelsen bør etter vår oppfatning, vurderes utvidet til også å gjelde fremstilling for legeundersøkelse i forbindelse med rettsoppmøter.

3.4.6 § 15-13. Beslutningsmyndighet og adgang til rettslig prøving

Til utkastets systematikk vises til pkt. 3.3.2. Utkastet § 15-13 gjør unntak fra § 14-3 første ledd om at primærkompetansen kun tilligger retten hva gjelder de tiltak som er opplistet i § 15-1 første ledd bokstav a til f. Etter vårt syn bør reglene om hvem som har kompetanse, for hva og når fremgå i tilknytning til det enkelte tvangsmiddel.

Bestemmelsen viser kun til utkastet § 15-1 første ledd bokstav a til f. Det bør presiseres at påtalemyndighetens kompetanse også gjelder tiltak på grunn av bevisforspillelsesfare og gjentakelsesfare, selv om vi forstår utvalget dithen at kompetansen gjelder tiltakene som sådan. Utkastet § 15-13 gjør ikke unntak fra § 14-3 hva gjelder kompetanse til å beslutte pågrepelse av en mistenkt som uteblir fra politiavhør eller som ikke møter til personundersøkelse eller prejudisiell undersøkelse i medhold av § 15-7. Selv om dette er et "tiltak" som angitt i § 15-1 første ledd bokstav f og vi forstår utvalget dithen at påtalemyndigheten har primærkompetanse også for pågrepelse etter § 15-7, er dette i beste fall uklart. § 15-7 viser, i motsetning til § 15-2 og § 15-5, ikke til § 15-1. Det bør ikke være tvilsomt hvem som har kompetansen.

For de tilfeller påtalemyndigheten beslutter tiltak i medhold av § 15-13, fremgår det at det foreligger en rett til rettslig prøving av beslutningen. Det er ikke nærmere omtalt på hvilket tidspunkt en slik prøving skal finne sted. Dette i motsetning til i dag, hvor den rettslige prøvingen foretas når påtalemyndigheten fremmer anmodning om f.eks. varetektsfengsling. En som er pågrepet av politiet vil altså uavhengig av om påtalemyndigheten vil fremstille vedkommende for fengsling, etter utkastet ha krav på en rettslig prøving av om vilkårene for pågrepelse er til stede.

3.4.7 § 15-17. Fortsatt fengsling ved hovedforhandling og etter dom

Utvalget foreslår i § 15-17 første ledd bokstav b å begrense muligheten for å sitte på dom til 2 uker. I mange av våre saker tar det lengre tid å skrive dom, slik at utvalgets forslag vil medføre at påtalemyndigheten må begjære forlenget fengsling i en lang rekke saker. Dette

synes lite hensiktsmessig, særlig fordi det for disse siktede allerede fastslått at vilkårene for fengsling i utgangspunktet er til stede. Retten skal da, etter utvalgets forslag, ta stilling til om vedkommende skal holdes varetektsfengslet til dom foreligger. Etter vårt syn er det ikke behov for en slik innstramming av reglene.

Til § 15-17 annet ledd foreslås opprettholdt gjeldende rett hva gjelder det tilfellet mistenkte frifinnes. Vi er enig i utgangspunktet om at mistenkte da straks skal løslates med mindre påtalemyndigheten begjærer fortsatt fengsling og anker eller innstiller på anke. Vår erfaring er at dommer i dag kun unntaksvis avsies i rettsmøte. Slik reglene er å forstå i dag, må påtalemyndigheten anke eller innstille på anke som hovedregel umiddelbart for retten for å kunne begjære fortsatt fengsling. Dette er uproblematisk i de tilfeller der dommen avises i rettsmøte, men reglene er ikke tilpasset de tilfellene der dette ikke gjøres. I disse tilfellene vet i utgangspunktet ikke påtalemyndigheten når dommen avsies og det er vanskelig å anke eller innstille på anke "på stedet". Etter vårt syn bør muligheten for fortsatt fengsling i disse tilfellene bedre tilpasses de situasjoner hvor dom ikke avsies i rettsmøte, ved for eksempel en plikt for domstolen å sette tidspunkt for domsavsigelse og varsle partene om dette.

3.5 Kapittel 16. Personundersøkelse, psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse

3.5.1 § 16-2. Psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse. Opphold i institusjon

Gjeldende rett foreslås videreført hva gjelder når det skal gjennomføres full judisiell observasjon. Dette tiltres. Vi vil likevel peke på at også i forvaringssaker bør det i det minste, være et krav om prejudisiell undersøkelse. I strl. § 40 femte ledd fremgår at det kun kreves personundersøkelse av den siktede. Vår erfaring er at dette ofte ikke er tilstrekkelig og at personundersøkelsen ofte gir et mangelfullt bilde idet de siktede regelmessig har personlighetsavvik som ikke fanges opp av personundersøkelsen, men som heller ikke medfører utilregnelighet.

3.6 Kapittel 17. Kroppsundersøkelse og identifiseringstiltak mv.

3.6.1 § 17-1. Kroppsundersøkelse av mistenkte

Etter vårt syn er det unødvendig med påtalemyndighetens beslutning hvis vedkommende samtykker, slik det foreslås i § 17-1 fjerde ledd.

For det tilfelle vedkommende ikke samtykker har påtalemyndigheten hastekompetanse i medhold av § 14-3 annet ledd. Da skal imidlertid spørsmålet om å "oppretholde tvangstiltaket" forelegges retten snarest mulig. Som tidligere nevnt synes dette lite praktisk, og betydningen av eventuelle feil synes uklart.

3.7 Kapittel 18. Ransaking og undersøkelse av ting

Innledningsvis bemerkes at Oslo statsadvokatembeter støtter utvalgets forslag til ny systematisering der regler knyttet til ransaking av mistenkte og ransaking av andre, reguleres i egne bestemmelser.

Hva gjelder kapittel 18 fremgår eventuelle unntak fra hovedreglene i den enkelte bestemmelse. Utkastet inneholder da bestemmelser som både regulerer hva som kan gjøres og unntak fra hovedreglene for hvem som kan gjøre dette. Som tidligere nevnt er Oslo statsadvokatembeter kritisk til denne systematikken.

Vi har for øvrig merket oss at straffeprosessloven § 197 første ledd ikke foreslås videreført. Selv om det i utredningen tas høyde for at samtykke kan tre i stedet for beslutning gitt at vilkårene er tilstede, er selve bestemmelsen tatt ut av utkastet. Vi har ingen sterke meninger om dette, men vil peke på at en ransaking også kan være en rettssikkerhetsgaranti for den siktede og at det i den forbindelse kan ha betydning om vedkommende samtykker eller ikke.

3.7.1 § 18-1. Ransaking av mistenktes person og bolig mv.

Påtalemyndighetens kompetanse fremgår av utkastet § 14-3 annet ledd og det er ikke gjort unntak fra dette i tilknytning til § 18-1. Det vises for øvrig til våre kommentarer til utkastet § 14-3 annet ledd der vi blant annet peker på spørsmål knyttet til hvorvidt en beslutning om ransaking skal oversendes retten for å "oppretholde tvangstiltaket" i medhold av utkastet § 14-3 tredje ledd. Dersom utvalget mener at samtlige beslutninger om ransakinger skal oversendes domstolen for legalitetskontroll, kan dette få til dels store prosessøkonomiske konsekvenser. Dette synes lite hensiktsmessig særlig når opprettholdelse av beslag uansett kan bringes inn for retten. Det er også uklart hvilke konsekvenser det vil ha om domstolen mener at det foreligger feil ved beslutning om ransaking.

Vi støtter utvalgets forslag om at det må foreligge skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling, og ikke krav om frihetsstraff som i dag.

Det påpekes at det i § 18-1 første ledd bokstav b gis anledning til å ransake for å søke etter ting som kan beslaglegges *med sikte på inndragning*. Dette er en endring fra straffeprosessloven § 192 første ledd hvor det fremgår at det kan ransakes for å søke etter ting som kan beslaglegges. Utvalget har, uten at dette er nærmere kommentert, med dette tatt vekk muligheten for å ransake med sikte på å ta beslag i ting som kunne tenkes utlevert fornærmede. Til dette bemerkes at det i utkastet § 19-1 første ledd bokstav c fortsatt er anledning til å ta beslag i ting som er i *noens urettmessige besittelse, for å muliggjøre overlevering til rette vedkommende*. Vi mener det fortsatt bør være adgang til å ransake også i disse tilfellene og foreslår at *med sikte på inndragning* strykes.

3.7.2 § 18-5. Hemmelig ransaking

Det vises til det som er skrevet ovenfor i tilknytning til utsatt underretning i utkastet § 14-10.

3.7.3 § 18-7. Undersøkelse av ting

Vi støtter forslag om å erstatte begrepet "gransking" med "undersøkelse av ting" og er enig at bestemmelsen plasseres i kapittelet om ransaking. Vi er imidlertid usikre på om bestemmelsen vil ha praktisk betydning ved siden av bestemmelsene om ransaking og beslag, særlig tatt i betraktning at det ikke er krav om skriftlig beslutning etter § 18-7. Vi opplever i dag at det i de fleste tilfeller tas beslutning om ransaking og beslag, og at disse beslutningene også omfatter nærmere undersøkelser av enkelte deler av beslagene. Sett at politiet ransaker etter beslutning fra retten og finner narkotika. Det er på det rene at narkotikaen må analyseres. I dag oversendes dette rutinemessig til Kripos uten ny beslutning fra påtalemyndigheten. Etter

utvalgets forslag forstår vi det slik at påtalemyndighetens muntlige beslutning må innhentes før oversendelse.

3.7.4 § 18-8. Avsperring av steder og pålegg

Gjeldende rett foreslås videreført, dog slik at bestemmelsen flyttes fra beslagskapittelet til ransakingskapittelet. Vi har ingen merknader til dette. Vi vil imidlertid påpeke at opprettholdelse av at *enhver som rammes av tiltaket kan kreve beslutningen brakt inn for retten* og at *påtalemyndigheten skal gjøre vedkommende kjent med dette* synes lite hensiktsmessig i praksis. Der politiet sperrer av områder av hensyn til etterforskningen f.eks. i forbindelse med grove vinningsforbrytelser eller grove volds- og drapssaker må politiet således varsle alle som rammes om retten til rettslig prøving. Vi ser imidlertid at dette er en videreføring av gjeldende rett i straffeprosessloven § 208.

Hva gjelder kompetansen merker vi oss at påtalemyndigheten gis primærkompetanse etter bestemmelsens annet ledd og er således et unntak for hovedregelen i § 14-3. Politiets kompetanse fremgår av § 14-3 tredje ledd, hvilket etter vårt syn er lite pedagogisk.

3.8 Kapittel 19. Beslag og utleveringspålegg. Inndragning besluttet av påtalemyndigheten

Utkast til ny § 19-1 (1) ser til forveksling lik ut som strpl. § 203. Imidlertid medfører forslaget etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning en innskrenking i beslagsadgangen hos mistenkte, samt behov for nærmere avgrensinger, blant annet av hva som skal betegnes som beslag.

Når det gjelder underretning om beslag vises til kommentarer til § 14-10, særlig om nylige endringer i kompetansereglene i strpl. § 208 a, § 210 a og § 210 c, som nå foreslås reversert. For underretning om skjult etterforskning vises til kommentarer til § 20-8.

Reglene om beslag og utleveringspålegg er på mange felter sammenfallende, og det sondres ikke mellom disse når det ikke er nødvendig.

3.8.1 Gjenstanden for beslag

Utvalget sier under punkt 14.8.1 *”Etter gjeldende rett er gjenstanden for beslag «ting», jf. straffeprosessloven § 203. Således omfattes både fast gods og løsøre – herunder dokumenter og endog dyr – så vel som mindre håndfaste manifestasjoner, som gass og væsker av enhver art samt blodprøver og annet biologisk materiale. Også elektronisk lagrede opplysninger er «ting» i lovens forstand, selv om opplysningenes fysiske manifestasjon ikke er umiddelbart sansbar.*

Utvalget har i tråd med ønsket om en mest mulig teknologinøytral lovtekst vurdert om gjenstanden for beslag bør angis på annen måte enn i dag. Det er imidlertid vanskelig å finne et uttrykk som bedre enn «ting» fanger opp de svært forskjellige objekter det kan være snakk om å beslaglegge.”

Utvalget legger videre til grunn at en forutsetning for et beslag er at *”påtalemyndigheten overtar rådigheten over tingen, hvilket også følger forutsetningsvis av straffeprosessloven § 214, jf. også §§ 208, 209 og 213. Som følge av påtalemyndighetens overtakelse av tingen mister den beslaget tas hos, den faktiske rådigheten over tingen. Det må dessuten legges til*

grunn at vedkommende mister den rettslige rådigheten over tingen så langt det følger av beslagsformålet.”

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning tar utvalgets beslagsbegrep ikke i tilstrekkelig grad hensyn til en teknologisk utvikling hvor ”ting” kan mangfoldiggjøres eller sikres på en enkel måte uten at noen fratas rådighet over tingen, enten ved gjennomføring av ransaking eller ved annen innhenting. Eksempelvis kan elektroniske lagringsmedier eller kommunikasjon kopieres, enten dette skjer ved direkte iakttagelser eller avfotografering, sikring av meldinger på sosiale medier eller ved at det tas speilkopier av harddisker, minnepenner eller meldinger på en mobiltelefon, uten at disse gjenstandene fjernes fra den berettigetes rådighet. Også fysiske dokumenter kan kopieres uten at de bringes ut av noens rådighet, eller de kan avfotograferes. Materiale sikret på en slik måte vil under etterforskingen bli behandlet på samme måte som mer tradisjonelle ”ting” som faller under utvalgets definisjon, men lovens forslag i § 19-4 vil være mindre treffende. Bestemmelsen i § 19-1 (5) om at enhver som rammes av beslaget kan bringe spørsmålet om opprettholdelse inn for retten passer heller ikke godt, idet vedkommende ikke er fratatt rådigheten over tingen. Spørsmålet om eventuelle begrensninger i adgangen til å benytte ”tingen” i saken eller om eventuelt innsyn faller utenfor behandlingen her.

Dersom man skal ta utgangspunkt i utvalgets definisjon av hva et beslag er, vil da politiets tilgang på ”ting” som ikke medfører at noen mister rådigheten over tingen ikke regnes som beslag? Og kan slike ”ting” innhentes i en straffesak uten at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at de er begått en straffbar handling eller at det foreligger nødvendig mistankekrav mot den mistenkte etter § 14-1 (1)?

Høyesterett har bl.a. i Rt 2013 s. 968 behandlet spørsmålet om undersøkelse av en speilkopi av en harddisk som beslag, selv om originalmaterialet var tilbakelevert, formentlig etter en analogi fra strpl. § 205, 3.ledd. Utvalgets forslag til § 19-1 (4) som omtales nærmere nedenfor, er imidlertid ikke i samsvar med gjeldende rett.

At en ting ”antas” å kunne ha betydning som bevis eller å kunne inndras, innebærer at en rimelig mulighet er nok. Det kreves ikke så mye som skjellig grunn verken etter gjeldende straffeprosesslov eller etter utvalgets forslag.

3.8.2 Frivillig innlevering mv.

Et grunnleggende spørsmål er om ”ting” som påtalemyndigheten finner, eller får frivillig overlevert, er et *beslag* i lovens forstand. Det normale er at politiet som følge av ransaking eller annen tvangsmiddelbruk kommer over ”ting” som kan beslaglegges, men det forekommer en rekke varianter utover dette. Sagt på en annen måte, er alt påtalemyndigheten får rådighet over av ”ting”, å anse som *beslag*? Politiet kan også motta ”ting” fra en mistenkt eller annen på frivillig basis som tilknyttes en straffesak uten at vilkårene i § 14-1 (1) foreligger, idet denne bestemmelsens virksomhetsområde begrenses til politiets makt- eller myndighetsutøvelse, jf. strpl. § 205.

En kan ikke se at utvalget drøfter *når* et beslag oppstår.

I RG 2012 s. 1418 konkluderte lagmannsretten med at frivillig innlevering ikke medførte at *det innleverte* ble et beslag, og følgelig at mistenkte som innleverte objektet heller ikke fikk status som siktet. Anken til Høyesterett ble forkastet.

Det fremgår av Straffeprosesslovkommentaren til § 205 at: *“Men fortsatt kan besitteren selv sagt utlevere tingen frivillig (når han har lovlig adgang til det, for eksempel ikke er bundet av taushetsplikt), noe som også forutsetningsvis fremgår av første ledd.”*

Andenæs i Norsk Straffeprosess 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer skriver på s. 319: *“Slik som loven er formulert, kan det se ut som om det er tale om beslag i alle tilfelle hvor bevismateriale frivillig stilles til disposisjon for etterforskingen. Forutsetningen må være at vilkårene for beslag etter § 203 foreligger, men disse vilkår er så romslige at denne begrensning neppe har noen særlig praktisk betydning. Selv om vilkårene for beslag foreligger, synes det ikke naturlig å bruke denne form om f.eks. regnskapsbøker og forretningskorrespondanse som et firma stiller til disposisjon til bruk for etterforskning mot en av de ansatte som er anmeldt for underslag. Etter dansk Retsplejelov § 824 og tysk StPO § 94 er beslag av bevis noe man må foreta hvis besitteren ikke utleverer dokumentene frivillig. Spørsmålet er vel nærmest av terminologisk interesse. Noen formell beslutning etter § 205 kreves ikke når utlevering skjer frivillig.”*

Se også NOU 1997:15 s. 90 om utleveringspålegg (som har nær slektskap med beslag): *“Utleveringspålegg forutsetter at besitteren ikke vil gi fra seg tingen frivillig.”*

Anvendelsen av dette *frivilliginstituttet* er således svært praktisk, og Oslo statsadvokatembeter anbefaler at denne sontringen fremgår klart av loven.

3.8.3 Beslag og utleveringspålegg - mistankekrav

I utkastet foreslås et krav om skjellig grunn til mistanke om at det er begått en straffbar handling for å kunne ta beslag og gi utleveringspålegg, jf. § 14-1 første ledd første punktum.

Utkast til ny § 19-1 (1) avviker lite fra strpl. § 203. Sammenholdt med forslag til ny § 14-1 (1) innebærer imidlertid forslaget en begrensning i adgangen til å ta beslag. Ved beslag hos en mistenkt skal mistankekravet gjelde overfor mistenkte, jf. § 14-1 første ledd annet punktum. Etter dagens straffeprosesslov må det trolig foreligge skjellig grunn til mistanke om at det er begått en straffbar handling, men ikke nødvendigvis av den personen som forføyningen retter seg mot, jf. Andenæs/Myhrer, s. 316, Rt. 1998 s. 1839, Rt. 1999 s. 1414 og Rt. 2011 s. 423. Utvalgets forslag vil innebære en begrensning i adgangen til å ta beslag hos en mistenkt som ikke gjelder for beslagsadgangen hos noen som ikke er mistenkt, eksempelvis vitner.

I saker med flere alternative mistenkte (som etterforskingen er rettet mot) vil et krav om skjellig grunn til mistanke mot hver enkelt av dem også begrense politiets mulighet for å opplyse saken ved ta beslag uten samtykke. Om utvalgets forslag om skjellig grunn til mistanke skal være en betingelse for beslag hos den mistenkte kan være en uheldig konsekvens av lovforslagets noe uheldige redigering hvor fellesbestemmelser om tvangsinngrep er samlet i kapittel 14, men dette bør i tilfelle avklares nærmere.

Beslag, utleveringspålegg og vitneplikt

Beslag og utleveringspålegg er nært beslektede regler og det faktiske virkeområdet overlappes i noe grad.

I Straffeprosesslovkommentaren til § 205 fremgår at: *“Politiet kan i dag benytte både reglene om beslag (§ 203) eller utleveringspålegg (§ 210), i begge tilfeller i kombinasjon med taushetsfritak fra Post- og teletilsynet, og reglene i § 216 b for å innhente historiske trafikkdata. Utleveringspålegg vil som hovedregel forutsette medvirkning fra besitteren, men grensedragningen her settes sjelden på spissen (jf. Rt. 1992 s. 904).”*

Reglene må sees i sammenheng med vitneplikten. Fra vitner kan påtalemyndigheten innhente opplysninger på tre måter: ved anvendelse av beslag, utleveringspålegg og vitneavhør. Etter utkastet § 9-2 tredje ledd plikter vitnet å medta gjenstander til avhøret.

I dagens straffeprosesslov er vilkårene for anvendelse av disse tre mulighetene identiske, nemlig etter ordlyden kun et krav om iverksatt etterforskning. I NOU 1997:15 under punkt 4.2.2.1 på side 84 til 86 drøftes om det må foreligge et krav om skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold for beslag. Utvalget konkluderte den gang med at dette ikke var tilfellet, men at anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet ville medføre i det vesentlige samme resultat. Høyesterett har i to utvalgsavgjørelser lagt til grunn at det etter gjeldende rett foreligger et krav om skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold for å kunne ta beslag, jf. Rt. 1998 s. 1839 og Rt. 2000 s. 577.

Utkastet fastsetter et tilsvarende krav om *skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling* for beslag og utleveringspålegg. Adgangen til rettslig avhør med tilhørende plikt til å ta med gjenstander til avhøret, forblir uendret.

Oslo statsadvokatembeter er uenig i at det skal måtte være krav om skjellig grunn til mistanke mot den mistenkte for å ta beslag hos vedkommende, og mener dagens rettstilstand bør videreføres.

3.8.4 Beslag med sikte på inndragning

I de senere år har departementet, Stortinget gjennom lovendringer, og Riksadvokaten gitt direktiver om økt innsats på inndragningsfeltet. Det kan blant annet vises til Ot.prp.nr. 8 (1998-1999) side 65: *“Det er en klar forutsetning at påtalemyndigheten skal legge ned påstand om inndragning oftere enn før, og at lavere domstoler idømmer inndragning oftere enn tidligere. Utbytte skal altså inndras i flere saker og i større omfang enn tidligere. Hovedformålet er at lovbrutere ikke skal få beholde utbyttet av forbrytelser. Kriminalitet skal ikke lønne seg.”*

Muligheten til å beslaglegge utbytte av kriminalitet reduseres ved et mistankekrav for å kunne ta beslag tidlig under etterforskningen. Etterforskning vil ha som mål å avklare mistankegrunnlaget mot mistenkte før påtalevedtak, og i de saker hvor det utferdiges et positivt påtalevedtak vil adgangen til å gjennomføre inndragning svekkes dersom det ikke kan tas beslag tidlig nok da man har erfaring med at verdier eller gjenstander unndras dersom de ikke beslaglegges. Påtalemyndigheten har allerede problemer med å etterleve målet om bedre inndragningsresultater.

3.8.5 Bevisinnhenting vrís mot rettslig bevissikring

Mistankekrav ved beslag og utleveringspålegg vil i enkelte saker tvinge påtalemyndigheten over til å innhente bevis ved rettslig avhør, i stedet for ved beslag og utleveringspålegg. Dette betyr nødvendigvis at vitnene må forberede seg, møte i retten, ta med gjenstander, og må forklare seg om innholdet. Deretter må påtalemyndigheten bruke det rettslige avhøret i den videre etterforskningen. Dette er naturlig nok en svært omstendelig, kostbar og helt unødvendig prosess. I tillegg vil dette innebære en betydelig kostnadsøkning i straffesaksbehandlingen. Det vil således bli mer omstendelig å skaffe til veie bevis.

3.8.6 Rettslig prøving § 14-3 (2)

Primærkompetansen for beslag ligger hos påtalemyndigheten, jf. § 19-1 (2). Dette er et unntak fra hovedregelen i § 14-3 (1) om beslutningskompetanse. Det antas at bestemmelsen i § 14-3 (2) annet punktum ikke skal gjelde for beslag besluttet av påtalemyndigheten. For de tilfeller hvor påtalemyndighetens beslutning om ransaking har vært prøvd av retten etter denne bestemmelse, vil det være unødig omstendelig om spørsmålet om etterfølgende beslag også skal undergis rettslig prøving.

Rettslig prøving av beslag bør begrenses til adgangen enhver som rammes har til å bringe spørsmålet inn for retten i § 14-1 (5), som viderefører strpl. § 208.

3.8.7 Spørsmål om beslagsforbud - § 19-1 (4)

Lovforslaget er ikke i samsvar med gjeldende rett – som bør videreføres -, og som fremgår av Høyesteretts avgjørelse av 16. januar 2017, HR-2017-111-A og Rt-2015-81, og forslaget kommenteres ikke nærmere.

Erfaring viser at domstolene ikke er innrettet på å behandle beslag, særlig ikke større mengder beslag hvor det kan være snakk om at enkelte deler av beslaget kan inneholde materiale hvor det kan tenkes å foreligge bevisforbud. Domstolene har verken kompetanse, ressurser eller rutiner for dette, og benytter i noen tilfeller mer eller mindre kompetent eksternt bistand. Erfaringsmessig kan domstolvurdering av beslag ta lang tid, i noen tilfeller mer enn ett år før det foreligger en avgjørelse, noe som er særdeles uegnet for fremdriften av etterforskningen. Avgjørelsen fra januar 2017 gir nå politiet, anledning til å gjennomgå beslag hos andre enn personer med sterk taushetsplikt – selv om det hevdes at beslaget inneholder fortrolig materiale, og antas å gi en langt mer praktisk behandlingsmåte for slikt beslag enn tidligere rettstilstand.

Etterforskning av forskjellige typer straffesaker medfører gjerne beslag av en annen art enn det som var tenkt omfattet av tidligere lovgivning. I HR-2017-111-A uttaler Høyesterett følgende:

(48) ”Regelverket på området er ikke tilpasset den teknologiske utviklingen som gir mulighet for beslag av store datamengder blant annet lagret på datamaskiner, mobiltelefoner og minnepinner. Noen av vanskene knyttet til håndteringen av databeslag er omtalt i NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov side 337 flg. Nærmere regulering i lov og forskrift synes nærliggende.”

En ny straffeprosesslov bør avspeile problemstillinger knyttet til den tid den skal gjelde for og regulere håndteringen av store beslagsmengder på en måte som er tillitvekkende, effektiv og praktisk gjennomførbar. En prosess hvor beslaget i sin helhet skal overleveres retten for avklaring medvirker ikke til noe av dette.

Oslo politidistrikt etterforsker for tiden en omfattende straffesak mot en advokat hvor det er avdekket flere svakheter ved praktisering av gjeldende rett. Dette blir for omfattende til å omtales videre her, men erfaringene fra Oslo pd. vil nok kunne være nyttige for fremtidig regulering av tvangsmiddeladgang i denne type saker.

Spørsmålet om bevisforbud for nærstående- og advokatkommunikasjon er omtalt flere andre steder i dette høringssvaret. Dette omfatter også bestemmelsen om beslagsforbud i § 19-1 (4). Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning vil utvalgets forslag om utvidelse av bevis- og beslagsforbud ramme for vidt, og vil begrense eller hindre politiets mulighet for å oppklare kriminalitet blant advokater.

Det er et viktig prinsipp som begrunner bevisforbudet i strpl. § 119, nemlig å beskytte den delen av forholdet mellom advokat og klient som gjelder informasjon som klienten har gitt i fortrolighet til sin advokat. Dette utgangspunktet tilsier imidlertid ikke at all informasjon fra et advokat / klientforhold er av en slik fortrolig karakter at det fortjener eller bør ha samme type beskyttelse. Rettspraksis har over tid sørget for å utvide betroelsesbegrepet i straffeloven (2005) § 211, jf. bl.a. Rt. 2013 s. 92, avsnitt 38. Utvalgets forslag om lovfesting av bevisforbudet, som også får direkte betydning for beslagsforbudet, jf. § 8-1 som setter forbud mot innhenting, synes for omfattende uten noen nærmere drøftelse. Konsekvensen er at lovgivers utgangspunkt, nemlig vern om fortrolighet mellom klient og advokat, utvides, herunder til all "fortrolig kommunikasjon" i § 8-3 (1), og til også å omfatte "materiale som står i nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen" (pkt. 13.3.4.2). Det fremstår som uklart hvor utvalget mener at grensene for det nye bevisforbudet skal gå, noe som igjen vil være klart egnet til å skape prosess om grensedraging ved gjennomgang av og tilgang til beslag. Uklare grenser vil sannsynligvis medføre påstander om at all kommunikasjon, enten elektronisk eller ved beslag av fysiske "ting", som har vært innom eller har tilknytning til et advokatkontor eller advokat, vil være unntatt fra adgangen til beslag. Dette skaper særlige problemer der advokaten selv mistenkes for eller har begått kriminalitet, og hvor advokatens opplysninger om materialet vil veie tungt ved vurderingen. Det bør være en lovgiveroppgave i ikke for stor grad å tilrettelegge for advokaters adgang til å begå kriminalitet eller medvirke ved å være "løpegutter for kriminelle" uten reell risiko for oppdagelse. Blant annet ved etterforskning av økonomisk kriminalitet er det registrert en økning av bruk av profesjonelle medhjelpere, herunder advokater, som inngår i etterforskningen.

Slik reglene om beslags- og bevisforbud er utformet i utvalgets forslag, er hensynet til bekjempelse av kriminalitets blant advokater etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning ikke tilstrekkelig ivaretatt, ei heller rettens mulighet til etter avgrenset bevisførsel å avsi en riktig dom ("sannhetsidealet").

3.8.8 Beslagsadgang for enhver § 14-1 (3)

Polititjenestemenns primærkompetanse til å beslutte beslag i pågripelses- og ransakingssituasjoner i gjeldende straffeprosesslov § 206, 1. ledd 1. punktum har vært en hensiktsmessig bestemmelse som har fungert tilfredsstillende i mange år, men foreslås fjernet i lovutkastet. En nærmere begrunnelse for dette savnes. Etter gjeldende rett skal spørsmålet om beslag foreleggs for påtalemyndigheten, selv om praksis rundt dette kan variere. Etter lovutkastet kan tjenestepersoner nå ta beslag bare i hastetilfellene, jf. forslag til § 14-3 (3) c, og for øvrig i situasjoner som gjelder for enhver, jf. § 19-1(3). Det fremstår som uhensiktsmessig og unødig formalistisk at polititjenestemenn skal måtte ta kontakt med lokal påtalemyndighet i større utstrekning enn i dag for beslutning om beslag. Det antas at eksempelvis en kriminaltekniker som gjør undersøkelser på et åsted er mer kvalifisert til å avgjøre hva som skal beslaglegges for videre undersøkelser enn en påtalejurist som får henvendelsen over telefon, og forslaget vil begrense de politifaglige vurderinger som skjer ute; herunder vises til det fokus som den senere tid er satt på såkalt politiarbeid på stedet (PPS) hvor målsettingen er at politipatruljer i økende grad skal forestå den etterforskning som mest hensiktsmessig kan gjennomføres på et åsted. Det antas at beslagsadgangen etter § 14-3 (3) bokstav c er ment å være snever.

Etter lovforslaget skal en polititjenestemann selv ikke kunne beslutte beslag i større utstrekning enn hvilken som helst annen sivilperson ("enhver"), noe som vil medføre begrensninger i politiets tjenesteutøvelse og effektivitet.

3.8.9 § 19-6. Sikringspålegg

Etter forslaget i § 19-6 (1) kan det som ledd i etterforskingen gis pålegg om lagring for inntil 90 dager av gangen av elektronisk lagrede data som antas å ha betydning som bevis, uten hensyn til mistankekravet. Forslaget åpner etter sin ordlyd for en større adgang til å sikre data enn i gjeldende lov § 215a, ved at det ikke stilles krav om mistanke og ved at *”..for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn nødvendig”* ikke er videreført i forslaget. Oslo statsadvokatembeter støtter forslaget, idet sletting av trafikkdata grunnet kort oppbevaringsperiode medfører problemer med bevisinnhenting når opplysninger om telefonbruk e.l. først fremkommer etter en stund i en etterforsking. Det kan ikke sees at bestemmelsen i ekomloven § 2-7 er til hinder for en slik regel.

3.9 Kapittel 20. Inngrep i kommunikasjon mv.

Senest i NOU 2009:15 (Metodekontrollutvalget), jf. Prop. 68L (2015-2016) ble de skjulte metodene revidert og delvis tilpasset et endret kriminalitetsbilde, jf. også endringslov 17. juni 2016 nr. 54. I mandatet ble det forutsatt at man etter ikraftsetting av endringene i Prop. 147 L (2012-2013) og Prop. 68 L (2015-2016) i hovedsak ville ha et tilfredsstillende regelverk om skjulte tvangsmidler. Utvalget sto allikevel fritt til å foreslå endringer. Straffeprosesslovutvalget foreslår langt på vei videreføring av gjeldende rett, men det er også endringsforslag som fremstår som dårlig begrunnet og som vil medføre uheldige konsekvenser for en målrettet og effektiv etterforsking. Bare endringer i lovforslaget kommenteres i det følgende.

3.9.1 § 20-1. Innhenting av opplysninger om kommunikasjonsinnretninger. Avbryting av kommunikasjon

Forslaget til ny § 20-1, som gjelder annen type kommunikasjonskontroll enn avlytting, omfatter avbryting, stenging, lokalisering og identifikasjon, samt innhenting av trafikkdata. Imidlertid er det en usikkerhet om innhenting av lokasjonsdata (eller såkalte passive trafikkdata) omfattes. Dette ble tatt inn i strpl. § 216 b i forbindelse med lovendring som følge av Prop 68 L (2015-2016) fra 17. juni 2016. Lokasjonsdata er viktige opplysninger som gir politiet mulighet til å følge eller i ettertid analysere en telefons bevegelser også i tidsrom hvor telefonen ikke er i aktiv bruk til kommunikasjon. Adgangen til å innhente slike data må videreføres, og dette må klargjøres i lovteksten og proposisjonen slik at det ikke er tvilsomt at dette slike data fortsatt skal omfattes.

I Prop 68L (2015-2016) på side 129 og 130 fremgår, som en konsekvens av avgjørelsen i Rt. 2009 s. 394: ” Metodekontrollutvalget har foreslått en utvidelse av politiets adgang til å benytte kommunikasjonskontroll for å lokalisere en mistenkt i en straffesak.” Det antas at dette videreføres i lovforslaget ved at adgangen både gjelder identifisering og lokalisering av innretningen.

3.9.2 § 20-2. Avlytting og avlesing av kommunikasjonsinnretning. Identifisering av innretning

Strl. § 216 a første ledd lyder *“Retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta kommunikasjonsavlytting når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling.....”* Etter lovutkastets forslag til § 20-2 endres dette til *“Kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre kommunikasjonsinnretninger som den*

mistenkte kan antas å ville bruke, kan avlyttes eller avleses når mistanken gjelder overtredelse av....”

Dette medfører en innskrenking i forhold til dagens rettstilstand ved at det nå skal måtte foreligge en mistanke mot en konkret mistenkt, også sammenholdt med forslag til ny § 14 (1). Det vises også til de spesielle motivene på s. 617 hvor det fremgår at:

“Kommunikasjonsavlytting etter første ledd forutsetter at den mistenkte identifiseres, og det oppstilles dessuten et krav til identifisering av den kommunikasjonsinnretning som skal avlyttes, som etter gjeldende rett, jf. Ot.prp. nr. 60 (2004–2005) s. 104, der det heter at innretningen som skal avlyttes, må «identifiseres på en entydig måte i rettens kjennelse».”

Innskrenkingen fra ”noen” i dagens lovhjemmel til ”den mistenkte” begrenser i vesentlig grad politiets adgang til å benytte avlytting eller avlesing, selv når det er utvilsomt at telefonen eller kommunikasjonsinnretningen benyttes til kriminalitet som ellers kvalifiserer til å benytte tvangstiltaket.

En ganske vanlig situasjon ved skjult etterforskning er at det gjennom avlytting av en telefon registreres saksrelevant kontakt med én eller flere ukjente telefoner, hvorefter avlytting av den eller disse nye telefonene gjennomføres for å søke å identifisere brukere og avklare videre hendelsesforløp. Et krav om mistanke mot en identifisert mistenkt for avlytting vil ikke gjøre en slik etterforskning mulig, og vil medføre en vesentlig begrensning i politiets mulighet til å oppklare saker ved hjelp av avlytting eller avlesing av kommunikasjon i forhold til dagens situasjon.

3.9.3 § 20-4. Dataavlesing

Reglene i § 216 o i gjeldende straffeprosesslov er nye og ikke prøvet ut. Eventuelle endringer bør i tilfelle ikke foreslås før man har fått erfaringer med metoden.

3.9.4 § 20-5. Opphør av avlytting og opptak på grunn av bevisforbud mv. Sletting

Straffeprosessloven inneholder ingen generelle regler om sletting av etterforskningsmateriale. Politiregisterloven § 50 kan gi anvisning på et overordnet nivå, men er ikke tilpasset skjult etterforskning. Bestemmelsene om sletting er omfattende både for åpen og skjult etterforskning, og undergis ingen helhetlig drøftelse her.

For materiale fremkommet ved kommunikasjonsavlytting etter straffeprosessloven § 216 a, kontroll av kommunikasjonsanlegg etter § 216 b, romavlytting etter § 216 m og dataavlesing etter § 216 o, gir § 216 g en særskilt sletteregel for overskuddsinformasjon. Sletteregelen skal etter lov av 21. juni 2013 nr. 86 også gjelde for skjult fjernsynsovervåking på offentlig sted etter strpl. § 202 a og plassering av teknisk peileutstyr etter § 202 c, men disse bestemmelsene er ennå ikke trådt i kraft.

Gjeldende straffeprosesslov har ingen regler som gir anvisning på avslutting av innhenting dersom materialet som innhentes rammes av bevisforbud, utover hva som kan følge av strpl. § 216 f, siste ledd.

Det vises til utvalgets begrunnelse: *“Første ledd angir dels uttrykkelig det som uansett ville følge av bevisforbudenes stadienøytralitet; det kan ikke innhentes opplysninger gjennom fortsatt avlytting og opptak etter at det er konstatert at et bevisforbud kommer til anvendelse, se merknadene til utkastet § 8-1 og punkt 13.3.3. Ved vurderingen må også unntakene i utkastet § 8-6 vurderes, herunder bestemmelsens tredje ledd om situasjonen der den tiltaket rettes mot er en medskyldig. Henvisningen til bevisforbudene er strengt tatt overflødig gitt de*

nøytralitetsprinsipper de bygger på, men klargjør bakgrunnen for plikten til «straks» å avbryte tiltaket «når det blir klart» at et bevisforbud allerede er over trådt. En tilsvarende plikt til å avbryte tiltaket er fastsatt for informasjon som omfattes av forklaringsfritaket for nærstående. Med sikte på alternativet for nærstående fastsetter bestemmelsen at «tiltaket er rettet mot person som med skjellig grunn mistenkes å være medskyldig i det straffbare forhold». Dette unntaket er nødvendig fordi den tilsvarende reguleringen i utkastet § 8-6 tredje ledd ikke kommer til anvendelse, i og med at bevisforbudet i utkastet § 8-4 ikke omfatter forklaringsfritak for nærstående.

Bestemmelsen utvider sletteplikten til å omfatte fortrolig kommunikasjon med personer i stilling som nevnt i utkastet § 8-3 første ledd bokstav d, som ikke er omfattet av sletteplikten etter straffeprosessloven, jf. § 216 g, ettersom denne er uten henvisning til § 121. Det er vanskelig å se noen god begrunnelse for dagens rettstilstand, og spørsmålet synes heller ikke drøftet i forarbeidene, verken i Metodekontrollutvalgets utredning i NOU 2009: 15 eller i Prop. 147 L (2012– 2013), se henholdsvis s. 256 flg. og s. 101 flg. ”

Forslaget må sees i sammenheng med reglene i kapittel 8 om bevisforbud, og da særlig § 8-3 (1) a og § 9-3 (1), som kommenteres nærmere. Oslo statsadvokatembeter savner imidlertid en grundigere beskrivelse av gjeldende rett.

Et annet spørsmål som krever avklaring, er om det er bevisforbud om selve innholdet i kommunikasjonen, så kan det neppe innfortolkes en begrunnelse for et tilsvarende forbud for trafikkdataene (“lokasjonsdata”) relatert til kommunikasjonen. Bevisførsel om eksempelvis mistenktes posisjon når han kommuniserer faller utenfor formålet som begrunner bevisforbud, og bør tillates innhentet og benyttet. Dette antas å falle utenfor området for hva som omfattes av Rt. 2013 s. 1282.

Formålet bak bestemmelsen om forklaringsfritak i strpl. § 122 og § 123 første ledd er ikke vanskelig å forstå. Det er nettopp hensynet til den nærstående som fritar vedkommende i konflikten mellom eventuelt å avgi en inkriminerende forklaring mot noen en står i slikt forhold til som omfattes av § 122 eller å avgi en uriktig forklaring. Bestemmelsen er gitt som et vern for den nærstående, men ikke som et vern for den mistenkte / tiltalte. Det er imidlertid et langt steg å gå fra et vern for den nærstående til et forbud mot å innhente, undersøke og bruke som bevis opplysninger som politiet på ellers lovmessig måte har innhentet og som inneholder kommunikasjon mellom den nærstående og mistenkte / tiltalte. Etter gjeldende rett har den nærstående en rett til å avgi vitneforklaring, men ingen plikt. Den nærstående blir ikke pålagt å bidra til å inkriminere noen.

Lovforslaget vil innebære et forbud også mot innhenting av slik kommunikasjon. Ikke bare skal denne type kommunikasjon slettes, men etter ordlyden skal selve tiltaket (dvs. avlyttingen eller avlesingen) straks opphøre. Det ligger trolig i dette en antagelse fra utvalget at politiet sitter og lytter eller avleser kommunikasjon i sanntid og således kan vurdere og eventuelt avbryte (eller straks la opphøre) avlyttingen eller avlesingen. I praksis vil avlytting eller avlesing av kommunikasjon i større saker medføre løpende og samtidig innhenting av informasjon fra en rekke telefoner eller kommunikasjonsanlegg, hvor én eller flere mistenkte kommuniserer med uidentifiserte personer eller telefoner over landegrensene, og hvor det ofte må benyttes tolk for nærmere å kunne avklare kommunikasjonen, dens innhold og eventuelt også hvem det kommuniseres med. Det er således illusorisk å anta at det vil foreligge en reell mulighet for å kunne la tiltaket straks opphøre som foreslått.

Etter gjeldende regelverk skal materiale underlagt bevisforbud oversendes retten for vurdering. Etter lovforslaget skal inngrepet, dvs. avlyttingen eller avlesingen, opphøre. Konsekvensene er ikke vurdert, og disse kan bli ganske alvorlige for muligheten til å drive målrettet skjult etterforskning. En rettstilstand som følger av avgjørelsen i Rt. 2015 s. 1456 medfører dessuten en begrensning i muligheten til å etterforske advokater for kriminalitet, tatt i betraktning at bestemmelsene om bevisforbud har som formål å beskytte klienten og ikke advokater eller andre som omfattes av § 8-3. Avgjørelsen i HR-2017-111-A antas å gi uttrykk for gjeldende rett, og forslag til § 20-5 vil medføre en innskrenking.

Oslo statsadvokatembeter erfarer fra en rekke større saker at kriminalitet begås innen familier eller av familiemedlemmer eller andre nærstående. For eksempel kan oppklaring i saker om tvangsekteskap eller såkalt ærerelatert kriminalitet ofte kun la seg avdekke ved avlytting av kommunikasjon mellom nærstående. Oslo statsadvokatembeter har nylig iretteført en sak om drapsforbund og drap begått i utlandet, men hvor bakgrunnen for saken og hovedmenn befant seg i Norge. Nå var ikke avlytting et sentralt bevis for å avgjøre nettopp denne saken idet en av de tiltalte erkjente forholdet, men ut fra sakens art ville situasjonen lett kunne ha vært annerledes. Det vil kunne oppleves som støtende om politiet skulle ha innhentet fellende bevis for f.eks. et drap i kommunikasjon mellom nærstående, men hvor det var forbud mot at beviset kunne føres. I flere miljøer er det vanlig å betegne andre som "bror" uavhengig av om det foreligger noe nærstående-forhold eller ikke. Dette vil skape unødige vansker ved avklaring om reglene om nærstående kommer til anvendelse eller ikke, og gi bevisforbudsreglene et enda større omfang enn tilsiktet.

Det skal gjøres en avveining av motstridende interesser og i dette tilfellet har vektingen av nærstående gått for langt i forhold til hensynet til å oppklare alvorlig kriminalitet. Det er ikke tilstrekkelig begrunnet hvorfor samtaler mellom mistenkte og nærstående ikke skal kunne brukes som bevis for alvorlige straffbare handlinger. Bortsett fra Finland, er en slik rettstilstand relativt ukjent i sammenlignbare rettssystemer, og er intet krav etter EMK.

Avlytting av kommunikasjon mellom nærstående kan også være avgjørende som ledd i politiets avvergende eller forbyggende virksomhet, enten dette gjelder forberedelse til terrorhandling, terrorforbund, kriminalitet mot statshemmeligheter (politiloven § 17 d) eller drap, grovt ran eller særlig grov narkotikakriminalitet (strpl. § 222 d).

Oslo politidistrikt har avgitt følgende vurdering, som er sammenfallende med erfaringer herfra: *“At en samtale mellom en mistenkt og en nærstående ikke kan brukes som bevis vil særlige i alvorlige saker støte allmennhetens rettsfølelse og svekke tilliten til rettsvesenet. La oss tenke på saker som har skapt omfattende engasjement i samfunnet de siste årene – eks. Nokas-ranet, Baneheia-saken og Sigrid-saken. La oss så tenke oss en tilsvarende alvorlig sak – et barn er borte og mistenkes drept, men er foreløpig ikke funnet. Politiet har en mistenkt som blir underlagt kommunikasjonskontroll. Det er tilstrekkelig bevis til skjellig grunn, men på langt nær nok til domfellelse. Mistenkte ringer så sin mor – mor er passiv, men mistenkte erkjenner å ha bortført og drept barnet og forteller sågar hvor liket er gjemt. (Politiet legger til grunn at nødrett ville begrunnet å bruke opplysningene dersom det var nødvendig for å redde liv, eks. barnet var ikke drept enda, men nødrett kan ikke benyttes når det ikke lenger er fare for liv, fordi for eksempel barnet allerede er drept.) Det er ingen tvil om at allmennheten vil reagere kraftig på at politiet sitter på opptak av en slik samtale, men ikke kan bruke den som bevis. Det kan ikke være riktig at en drapsmann skal gå fri i et slik tilfelle. Det er ikke snakk om å pålegge mor å vitne mot sin sønn om samtalen, men å spille av en samtale hvor mor ikke engang er aktiv. Og selv om mor hadde vært aktiv i samtalen, er det uansett ikke det samme som å pålegge henne å vitne mot sønnen.*

Denne situasjonen oppstår stadig, det har bare ikke vært en så alvorlig sak enda at spørsmålet har kommet helt på spissen. Det kan være for eksempel en mistenkt for grov korrupsjon ringer sin nærmeste familie og de snakker åpent om hvilke muligheter han har for å slippe unna det han gjort, og hva han eventuelt kan få i straff, eller det kan være at en mann som snakker åpent til svigersønnen om grove helerier av kunst (men det var uvisst om svigersønnen var en ren medviter eller om han hadde noen rolle i den straffbare virksomheten). Eller for eksempel at mistenkte forklarer sin bror hvordan hans venn i banken skaffer ham penger gjennom grove lånebedragerier, og brødrene ler av dette og synes det er morsomt at systemet er så lett å lure.

Dette er hverdagen, politiet hører på dette og kan ikke bruke det av hensyn til den nærstående. Man må da reise spørsmålet om de nærstående i disse situasjonene har en beskyttelsesverdig interesse. Eller om det her er et godt prinsipp som har gitt seg utslag i en regel om ikke kan begrunnes.

Høyesterett har for eksempel allerede gjort unntak i et tilfelle hvor sletting ble ansett urimelig – i HR-2016-644 hvor mistenkte fremsetter trusler mot sin bror. Her kom Høyesterett til at det ville være urimelig om samtalen ble slettet, da den ikke kunne brukes som bevis mot mistenkte for et straffbart forhold mot den nærstående.

Politiet mener det finnes en rekke situasjoner hvor dagens rettstilstand vil medføre svært uheldige og urimelige resultatet. Det må tas en prinsipiell diskusjon på om en slik rettstilstand er riktig sett oppimot behovet for å oppklare alvorlige straffbare handlinger. Det er politiets oppfatning at hensynet som begrunner at nærstående er fritatt for vitneplikt ikke kan strekkes så langt som til å begrunne denne rettstilstanden. Det er ikke beskyttelsesverdig å fritt skulle kunne erkjenne alvorlig kriminalitet som drap, terror, ran med døden tilfølge ol. til sine nærmeste. Man må se på konsekvensene av dagens rettstilstand og spørre seg om dette faktisk er i tråd med folkets rettsoppfatning og hensynet til å oppklare de alvorligste sakene. Videre er det problematisk i situasjoner hvor kriminaliteten er et familieforetagende. Det er stadig mer vanlig at store deler av en familie er involvert – enten som medvirkere eller i alle fall som medvitere. Det kan være vanskelig å trekke grensen til straffbar medvirkning. Men er det beskyttelsesverdig når familiemedlemmene er vel kjent med mistenktes kriminalitet og diskuterer denne åpent med mistenkte. Da blir det enda et hinder i veien for å etterforske organisert kriminalitet med mafia-liknede tilstander hvor også mor og koner er vel kjent med kriminaliteten som pågår.

Videre skaper rettstilstanden uløselige praktiske problemer når de mistenkte kan påberope seg at alle de snakker med er nærstående. Den nye trenden er at når saken kommer i retten og samtaler skal spilles av så påstår mistenkte at det er en nærstående han snakker med. Dette er ofte umulig å sjekke. Han snakker gjerne med personer som befinner seg i et annet land og det er ikke mulig å finne ut hvem som snakker på det telefonnummeret. Spesielt vanskelig er det dersom tiltalte venter til hovedforhandling med å komme med denne anførselen. Det er ikke slik at man kan slå opp i telefonkatalogen å finne ut hvem som har et telefonnummer i Nigeria. Ei heller finnes det folkeregister til hjelp, så man ikke engang få fastslått om mistenkte faktisk har en bror eller om foreldrene er i live.”

For at begrensningene i adgangen til informasjonsinnhenting skal settes til side etter første ledd, må det foreligge «skjellig grunn til mistanke» om at den som kommuniserer med den avlyttingen er rettet mot, er en «medskyldig». Den aktuelle mistanken mot den medskyldige må gjelde det samme straffbare forhold som danner grunnlaget for avlyttingen. Hva som er «det straffbare forhold», må i denne sammenheng forstås nokså vidt.

Lovforslaget begrenses til personer som er medskyldig i ”det straffbare forhold”, og ikke i et straffbart forhold som kunne gitt selvstendig grunnlag for kontrollen som etter gjeldende

§ 216 g første ledd bokstav b. Dette innebærer en begrensning og at bevisforbud er tenkt å gjelde i større utstrekning enn etter dagens straffeprosesslov. Det kan ikke sees noen beskyttelsesverdig interesse i at en person som mistenkes for kriminalitet som kan gi selvstendig adgang for kontroll, skal gis et særskilt vern på grunn av at det er mistanke om et annet straffbart forhold enn det som en allerede iverksatt kontroll skal søke å avdekke.

Annet ledd trekker konsekvensen av innhentingsforbudet som følger av bevisreglene og av reguleringen i første ledd. Det er her tale om sletting av informasjon som det blir klart at ikke er rettslig tilgjengelig, og reguleringen må således holdes fra de generelle slettereglene i utkastet § 20-6 etter endelig avgjørelse.

3.9.5 § 20-6. Lagring. Sletting og sperring av opplysninger etter endelig avgjørelse

Bestemmelsen viderefører strpl. § 216 g, som ble vedtatt i 2013, men som ikke er trådt i kraft. De viktigste endringene fra gjeldende § 216 g er at slettefristen ble flyttet til tidspunktet for sakens avgjørelse, for å sikre samsvar med innsynsreglene. Gjeldende § 216 g om at materiale uten betydning for forebyggingen eller etterforskningen av straffbare forhold skal slettes «snarest mulig», antas å være i strid med forsvarerens innsynsrett etter EMK, jf. Rt. 2005 s. 1137. I etterkant av vedtakelsen av ny § 216 g har sletting av materiale fra kommunikasjonskontroll flere ganger vært gjenstand for behandling i Høyesterett. Dagens bestemmelse kan også inneholde enkelte uklarheter opp mot § 216 i om taushetsplikt ved behandling av materiale fra kommunikasjonskontroll.

Hovedregelen er at “sakens opplysninger” skal lagres, men at sletting på et eller annet tidspunkt bør gjennomføres etter endelig avgjørelse. Det bør tilstrebes rutiner som er forutsigbare og som kan praktiseres uten at det må medgå en betydelig arbeidsinnsats og skjønnsutøvelse. I ganske mange saker hvor det benyttes skjult etterforskning, innhentes og lagres et betydelig materiale over måneder eller år, gjerne med flere titusen samtaler og sms. Skjønnsstemaet om opplysninger som “åpenbart er uten betydning for saken” legger opp til en arbeidskrevende prosess for politiet og påtalemyndigheten, hvor materialet dessuten ofte må gjennomgå med tolk før endelig avgjørelse kan tas.

3.9.6 § 20-7. Taushetsplikt og adgang til å benytte informasjon

Bestemmelsen viderefører strpl. § 216 i, med enkelte endringer. I strpl. § 216 i hjemler bokstav d bruk av overskuddsinformasjon. Det er lagt opp til et skjønn for bruk, herunder om oppklaring av forholdet uten bruk av opplysningene i vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort. I lovforslaget erstattes dette skjønnnet med et absolutt krav om strafferamme på 2 år eller mer. Dette vil i praksis medføre en begrensning i adgangen til å benytte overskuddsinformasjon som bevis i andre saker som selv ikke kan begrunne tiltaket. Som et praktisk eksempel kan nevnes at avlytting av samtale omfatter en advokat som bryter taushetsplikt (ikke klientsamtale) og hvor avlyttingen ikke bare er det hovedsakelige, men eneste, bevis. Etter endring av domstoloven § 234 i 2015 vil taushetspliktsbrudd rammes av strl. (2005) § 209, sammenholdt med strpl. § 106 a (som uthules ved forslag til ny § 3-10 (2)), med en strafferamme på fengsel i ett år. Konsekvensen av lovforslaget vil være at advokater, uten risiko for strafforfølgning, vil kunne bryte taushetsplikt selv om beviset for dette kan ha vært lovlig innhentet av politiet.

Lov 21. juni 2013 nr. 86 utvidet adgangen til å bruke overskuddsinformasjon som bevis for andre straffbare forhold enn dem etterforskingsskrittet var ment å avdekke. I etterkant av denne endringen vedtok Stortinget lov 17. juni 2016 nr. 54, som innebar en utvidet adgang til

å benytte skjulte tvangsmidler, og som også åpnet for bruk av dataavlesning. Dette antas å ville innebære et større tilfang av overskuddsinformasjon for politiet. Adgangen til å foreta dataavlesning er det tatt høyde for i forslag til ny § 20-7.

Strpl. § 216 i begrenser ikke bruken av opplysningene internt i politiet, jf. Prop. 147 L (2012-2013) kapittel 5.1.5. Det innebærer at overskuddsinformasjon fremkommet ved kommunikasjonskontroll kan benyttes internt til etterforskning av andre straffbare forhold, uavhengig av om disse er av en slik karakter at de kunne begrunnet kontrollen. Dersom det allerede etter § 20-5 innføres et forbud allerede mot innhenting av visse typer informasjon, vil politiets adgang til å iverksette etterforskning, eventuelt avvergende eller forebyggende tiltak, begrenses. Det fremgår av Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) at politiet internt skal stå fritt til å benytte overskuddsinformasjon til forebygging og etterforskning, men ikke til forvaltningsoppgaver. Denne rettstilstanden ble forutsatt videreført i Prop. 147 L (2012-2013). En adgang til bruk av overskuddsinformasjon til forebygging forutsettes også i ordlyden i gjeldende og vedtatt § 216 g, som gir adgang til å beholde informasjon av betydning for forebygging og etterforskning av straffbare forhold.

Taushetsplikten er heller ikke til hinder for at opplysninger brukes for å hindre at en uskyldig blir straffet. Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende her.

3.9.7 § 20-8. Underretning til personer som har vært underlagt kommunikasjonskontroll

Lovforslaget inneholder flere bestemmelser som omfatter underretning om skjult etterforskning på forskjellige stadier av denne. Bestemmelsene synes i liten grad å være innbyrdes samordnede, og medfører en utstrakt plikt til å underrette hvor vilkårene for å unnlate underretning heller ikke er innbyrdes samstemte.

Etter forslag til ny § 14-10 (2) skal det ikke gis underretning om pågående tvangstiltak etter kapittel 20 og 21, og underretningen skal gis når tiltaket avsluttes. Dette siste bør endres til når den skjulte etterforskningen avsluttes. Ved skjult etterforskning benyttes gjerne flere skjulte tiltak samtidig, og ett kan avsluttes for en periode for senere å gjenopptas. Det er svært lite hensiktsmessig å måtte vurdere underretning for hvert enkelt tiltak i en løpende etterforskning, for eventuelt å bringe spørsmålet inn for rettslig prøving innen to uker etter at tiltaket er avsluttet, jf. § 14-10 (3). Bestemmelsen viderefører strpl. § 216 j, som ble innført i juni 2016. Unntak fra underretning kan besluttes dersom underretning vil være til vesentlig skade for etterforskningen i saken eller en annen verserende sak hvor det av retten kan besluttes utsatt underretning, eller hensynet til politiets etterforskningsmetoder eller omstendighetene for øvrig gjør det nødvendig.

Etter forslag til § 20-8 skal det gis underretning til personer som har vært undergitt kommunikasjonskontroll (i lovteksten gjelder det alle tiltak etter Kapittel 20) etter begjæring, og tidligst ett år etter at tiltaket er avsluttet. Unntak fra underretningsplikten kan besluttes av retten dersom det vil være til skade for etterforskningen at underretning gis, eller andre forhold taler for at underretning bør unnlates eller utsettes.

Etter § 14-10 (4) skal underretning uansett gis når tiltale tas ut, og dersom saken henlegges med en unntaksadgang når de samme vilkår foreligger som kan gi utsettelse etter bestemmelsens tredje ledd (dvs. dersom underretning vil være til vesentlig skade for etterforskningen i saken eller en annen verserende sak hvor det av retten kan besluttes utsatt underretning, eller hensynet til politiets etterforskningsmetoder eller omstendighetene for øvrig

gjør det nødvendig). Etter forslag til ny § 28-9 (4) skal underretning dessuten gis ved henleggelse med mindre etterforskingen har vært skjult, og det er nærliggende fare for at underretning vil kunne skade mulighetene for senere oppklaring av saken eller av andre saker. Det vises også til kommentarer til § 6-8.

Ved lovendring 17. juni 2016 ble kompetanse til å beslutte utsatt underretning om beslag og utleveringspålegg for inntil åtte uker flyttet fra retten til påtalemyndigheten, jf. punkt 6.10,5,3 i Prop. 68 L (2015-2016). Det kan ikke sees å foreligge uheldige konsekvenser av denne endringen, og en begrunnelse for å gjenopprette den tidligere rettstilstanden mangler i utredningen.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er § 20-8 overflødig, sammenholdt med de øvrige underretningsbestemmelsene. Disse bør dessuten utredes samlet, med vilkår for unntak som harmoneres bedre enn i lovforslaget. Det bør også være en målsetting å unngå at samme spørsmål må bringes inn for retten for avgjørelse færrest mulig ganger i samme sak.

3.10 Kapittel 21. Observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak

Utvalget foreslår lovfesting av mer eller mindre inngripende politimetoder som i dag er ulovfestede, med følgende begrunnelse: *”De hensyn som ligger til grunn for Norges folkerettslige forpliktelser om krav til legalitetsstyrte inngrep, knytter an til rettsstatsidealer som har sterk forankring også i norsk rettsliv. Legalitetsprinsippet er, i tillegg til å utgjøre en rettslig skranke, også et rettspolitisk ideal. Dessuten kan lovregulering åpne for effektivisering av metodene ved at ellers ulovlig virksomhet tillates. Etter utvalgets syn er det ønskelig å lovfeste spaning, infiltrasjon og provokasjonslignende etterforskningsmetoder samt bruk av uriktig legitimasjon. I det alt vesentlige foreslås det å kodifisere ulovfestet rett og begrense lovbestemmelsene til en angivelse av metodenes innhold og sentrale grunnvilkår.”*

Oslo statsadvokatembeter vil kommentere de forskjellige forslag til bestemmelser, men er generelt av den oppfatning at flere av forslagene vil innebære en overoppfyllelse av de krav som EMK stiller, herunder art. 8 nr.1 og 8 nr.2, og vil medføre en beskjæring av politiets handlefrihet. Motivene er overraskende kortfattede. Som fremgår av utredningen på side 342 er det ikke avklart om metodene krever lovhjemmel for å oppfylle vilkårene i EMK art. 8, nr. 2. Videre er det på det rene at kravet til hjemmel ikke nødvendigvis innebærer et krav om lovfesting. En lovfesting som foreslått i § 2-1, § 2-4 og § 2-5 bør kreve en nærmere og grundigere utredning. Dette gjelder både behov, eventuelle fordeler og ulemper og nærmere utforming av bestemmelsene.

Adgang til å bruke uriktig legitimasjon følger av forslag til § 14-5 (4), og kommenteres ikke nærmere.

Om konsekvenser av krav til beslutningsnivå, plan og underretning om tvangstiltaket vises hovedsakelig til kommentarer til § 21-1.

Det bemerkes videre at politiets adgang til å benytte skjulte metoder under etterforsking senest ble undergitt en relativt omfattende vurdering i Prop. 68 L (2015–2016) om endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler). Her foretas blant annet en grundig gjennomgang av konstitusjonelle og menneskerettslige skranker for politiets metodebruk, herunder forholdet til Grunnloven § 102 og EMK art. 8. Oslo statsadvokatembeter er av den

oppfatning at det i tiden etter denne proposisjonen ikke har skjedd endringer, verken rettslig eller faktisk som medfører krav om lovfesting av skjulte metoder.

Politiets etterforskningsmetoder vil på forskjellig vis kunne gripe inn i de sider av privatlivets sfære som er vernet etter EMK artikkel 8. Spaning, infiltrasjon, kommunikasjonskontroll og romavlytting vil kunne utgjøre inngrep i den enkeltes psykiske integritet. Det vil særlig være tilfelle når slike metoder benyttes skjult.

Retten til respekt for privatlivets fred etter EMK artikkel 8 nr. 1 innebærer ingen uinnskrenket rett for den enkelte til å ha sitt privatliv i fred. Artikkel 8 nr. 2 angir hvilke betingelser som må være oppfylt for at offentlige myndigheter skal kunne gjør inngrep i de rettigheter som følger av artikkel 8 nr. 1. For det første må formålet med inngrepet falle inn under et av de formål som er angitt i bestemmelsen. Videre stilles det krav om at inngrepet har hjemmel i lov (lovkravet). EMD har, i lys av prinsippet "the rule of law" og hensynet til å beskytte borgerne mot vilkårlige inngrep fra statens side, stilt kvalitative krav til hjemmelsgrunnlaget. Lovkravet omfatter i hovedsak to ulike aspekter. Dels stilles det krav til regelens tilgjengelighet («accessibility») og dels et krav til presisjon («foreseeability»). Momenter som tillegges vekt ved vurderingen av om lovkravet er oppfylt, er hvorvidt hjemmelsgrunnlaget fremstår som fragmentarisk. Dette har en side både til kravet om forutsigbarhet og kravet om tilgjengelighet. Kravet til forutsigbarhet innebærer at hjemmelen må være noenlunde presist formulert for å sikre mot misbruk, se blant annet dommen Huvig mot Frankrike 24. april 1990 (sak 11105/84), som gjaldt telefonavlytting. I denne avgjørelsen ble det konstatert konvensjonsbrudd som følge av at hjemmelen var uklar. EMD la blant annet vekt på at det ikke var presisert i hjemmelsgrunnlaget hva slags lovovertrедelser som kunne gi anledning til telefonavlytting i etterforskningsøyemed (avsnitt 34). I dommen Malone mot Storbritannia, som gjaldt kommunikasjonskontroll, la EMD vekt på at

«...the essential elements of the power to intercept communications were laid down with reasonable precision in accessible legal rules that sufficiently indicate the scope and manner of the exercise of the discretion conferred on the relevant authorities [...]»

Lovkravet er ikke til hinder for at hjemmelen overlater en viss skjønnsutøvelse til forvaltningen. I så fall må loven som et minstemål angi hvilket formål inngrepet kan forfølge, jf. dommen Olsson mot Sverige 24. mars 1988 (sak 10465/83) avsnitt 61 (c).

Oslo statsadvokatembeter er enig i at inngrep som skjult overvåking (§ 21-2 og § 21-3, samt tvangstiltak med hjemmel i kapittel 20) vil kreve hjemmel i lov. Lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2 krever ikke formell lov, og krav til lovhjemmel er neppe nødvendig for tvangstiltak som beskrevet i § 21-1, § 21-4 og § 21-5, som i seg selv ikke kan betegnes inn "inngrep" i noens privatliv, familieliv, hjem eller korrespondanse. Ingen av de nevnte bestemmelser i kapittel 21 har slik – de er foreslått – noen formelle krav til alvorlighet eller strafferamme for anvendelse, utover hva som fremgår av § 14-1 (2). Det kan stilles spørsmål ved om hensynene til presisjon og forutsigbarhet er ivaretatt når det for hvert enkelt tilfelle skal måtte foretas en avveining av om inngrepet er nødvendig og forholdsmessig, samt at det også skal tas hensyn til sannsynligheten for at formålet med tiltaket vil bli ivaretatt, inngrepets virkning for den som rammes og sakens karakter.

3.10.1 § 21-1. Spaning

Oslo statsadvokatembeter er i utgangspunktet uenig i at metoden, hvis det er en egen metode, trenger og bør lovfestes. Oslo statsadvokatembeter er enig i mindretallets oppfatning som

fremgår av NOU 2004:6. Spaning er kun lovregulert i noen få andre europeiske land, som Finland, Nederland og Storbritannia. At politiet på en ikke-aktiv måte observerer et sted, person eller hendelsesforløp er en svært tradisjonell og uhjemlet form for politiarbeid, både under etterforskning og ved politiets forebyggende virksomhet. I vanlig politiarbeid er spaning blitt benyttet om den virksomhet som politiet bedriver når det samles inn opplysninger. Under spaning er politiet ikke i kontakt med objektet for spaning og påvirker ingenting. Politiet gjør ikke mer enn det alle og enhver kan gjøre – og gjør – når man beveger seg ut i det offentlige rom. Man observerer det en kan se. Spaning er en form for observasjon, men ut over dette har ikke spaning fått noen fast definisjon. Uttrykket anvendes i vid betydning som betegnelse på all informasjonsinnhenting. Da inkluderes for eksempel generell informasjon som politiet får under patruljering. I NOU 1997: 15 side 80 anvendes "spaning" i betydningen: "Spaning er ikke avhengig av at det finnes en bestemt mistenkt og for så vidt heller ikke avhengig av at det er satt i verk etterforskning. Politiet kan f.eks. spane på bestemte steder for å undersøke om det er grunnlag for å treffe spesielle ordens- eller forvaltningsmessige tiltak." Det heter videre at "Det er ikke påkrevd med en entydig definisjon av spaningsbegrepet idet dette ikke har noen rettslig betydning."

Det er åpenbart at mistankekravet i § 14-1 ikke kan gjelde for å iverksette spaning, men det antas at forholdsmessighetskravet i § 14-1 (2) også skal gjelde ved spaning som foreslått.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning må lovforslaget uansett avgrenses til å gjelde skjult spaning og ikke politiets ordensmessige observasjoner på offentlig sted, eksempelvis ved fast og systematisk patruljering med uniformert personell eller uniformerte bilpatruljer på steder hvor det erfaringsmessig begås kriminalitet eller er ordensmessige problemer, også mot personer eller miljøer som kan mistenkes for dette, jf. politiloven § 2.

Utvalget legger til grunn en svært tradisjonell og gammeldags oppfatning av hva spaning er, og synes å mene at spaning er visuell observasjon og ikke registerspaning eller teknisk spaning. Utvalget unnlater å omtale spaning på nett, sosiale medier eller ved hjelp av teknologi (utover kikkert). Ved at det spesielt nevnes at det er tillatt å anvende optisk utstyr, som i de spesielle motivene er spesifisert til å gjelde kikkert, utelates for eksempel bruk av foto- eller videokamera, droner og andre tekniske hjelpemidler som ikke omfattes av § 21-3, herunder ved spaning på nett. Utvalgets forslag kan skape unødig usikkerhet om hva som er spaning på nett og hva som vil være infiltrasjon på nett etter forslag til ny § 21-4 (1). Politiets tilstedeværelse på nett og sosiale medier er – og bør være – økende, og det er nødvendig med avklaringer av hva som krever lovhjemmel og hvilke grenser som gjelder for å opptre med annen identitet.

Bestemmelsen hjemler ikke undersøkelser inn i det lukkede rom, men Oslo statsadvokatembeter legger til grunn at spaning mot privat lukket sted etter forslaget kan finne sted eksempelvis også ved at politiet observerer gjennom en åpen dør eller gjennom et vindu så lenge tjenestemannen befinner seg utenfor.

I utredningen betraktes bruk av hørsel som spaning i tillegg til visuelle sanseinntrykk. Når utvalget begrenser seg til å regulere optisk utstyr som tillatt, må man spørre seg om det dette innebærer at polititjenestemannen er forhindret fra å ta opp den lyden som han selv hører under spaningen, eller at bruk av mikrofon under spaning ikke kan tillates, utover hva som reguleres av forslag til § 20-3.

Forslag til § 21-1 (1) første punktum lyder "Det kan uten hensyn til mistankekravet i § 14-1 første ledd foretas systematisk eller langvarig observasjon av mistenkte på offentlig sted, og

mot privat lukket sted dersom den som observerer, befinner seg utenfor.” I og med at de to alternativene for spaning er skilt med et komma, skaper utformingen tvil om kravet om at spaningen skal være systematisk eller langvarig kun gjelder spaning på offentlig sted og om enhver spaning mot privat lukket sted skal omfattes av bestemmelsen.

Ved at bestemmelsen skal omfatte ”systematisk eller langvarig observasjon” på offentlig sted, jf. strl. (2005) § 10 som er ment å være teknologinøytral, er det behov for å avgrense mot hva som ikke er systematisk eller langvarig. Sannsynligvis ligger det en forutsetning om at observasjon som ikke er systematisk eller langvarig, ikke vil ha behov for lovhjemmel, noe som ikke kan sees avklart i forslaget. Oslo statsadvokatembeter legger her til grunn NOU 2004: 6 under punkt 1.3.8.1 ”Flertallet, alle unntatt utvalgsmedlem Kvande, foreslår såkalt intensiv spaning lovfestet. Formålet er ikke å innskrenke muligheten til å benytte metoden, men å presisere dagens ulovfestede rett. Med spaning mener utvalget innsamling av informasjon ved hjelp av syns- eller hørselssansen om en bestemt person eller gruppe personer, eller når politiets interesse er rettet mot et bestemt sted dersom interessen skyldes mistanke om eller forbindelse til et straffbart forhold. Bare hvis spaningen gjennomføres ”systematisk eller langvarig” mot samme objekt, vil det etter flertallets syn være nødvendig å lovfeste metoden. Av den grunn er kodifiseringen begrenset til disse situasjonene. Når bestemmelsen bare regulerer ”intensiv” spaning, innebærer det derfor ingen endring i politiets adgang til å gjennomføre spaning som hverken er systematisk eller langvarig.” Det vises også til punkt 7.2.4.

Til terminologien bemerkes at det i § 21-1 benyttes ”systematisk eller langvarig”, mens det i § 21-3 benyttes ”vedvarende eller regelmessig” som kriterium, uten at det kan sees å være avklart hva som eventuelt vil utgjøre forskjellen i praktisk bruk.

Observasjon av enhver på offentlig sted kan finne sted uten lovhjemmel i kraft av den alminnelige handlefrihet. Den som oppholder seg eller agerer på offentlig sted, har ikke krav på vern mot å bli observert. Men dersom observasjonen på offentlig sted skjer mot en mistenkt, som foreslått, innskrenkes politiets adgang til å observere uten at det skal foreligge beslutning og plan.

Spaning mot privat lukket sted kan etter lovforslaget kun gjennomføres dersom den som observerer, befinner seg utenfor. Dette vil medføre en begrensning i forhold til dagens situasjon. Etter forslaget vil politiet ikke kunne følge for eksempel en person som omsetter narkotika inn i en oppgang for å finne ut hvilken leilighet eller kjellerbod det oppbevares narkotika i, hvor en tyv skjuler tyvegods eller fra hvilken leilighet det drives prostitusjon.

Spaning som foreslått i § 21-1 vil kreve beslutning av påtalemyndigheten, jf. utkastets § 21-6 (1), med ytterligere krav for gjennomføringen i annet ledd, blant annet at det ”skal” utarbeides en plan for tiltaket. Politiets spaning vil normalt innebære hurtige og uventede endringer i objekt, prioriteringer og geografisk plassering, hvilket gjør planlegging vanskelig. Spaning som ledd i en etterforskning inngår som en del av den fortløpende vurderingen og styringen av etterforskningen, noen egen plan som synes forutsatt i § 21-6 passer ikke på spaning som selvstendig tiltak. Utføringen av spaning kan ikke løsrives fra etterforskningen som sådan i en egen plan når spaningen som regel kun er én av flere måter, lovfestede og ulovfestede, som benyttes for å innhente informasjon.

Det er også svært uhensiktsmessig at beslutning om spaning skal legges på politimesternivå, jf. § 21-6 (1) og § 14-3 (1). Det er liten grunn til å anta at politimester, visepolitimester eller andre tjenestepersoner i ledende stillinger har mulighet til å skulle kunne vurdere iverksettelse

av spaning, i tillegg til andre tvangstiltak, i alle politidistriktets løpende saker som er under etterforskning, enten denne er skjult eller åpen.

Etter utkastets § 14-10 (2) skal det formentlig normalt gis underretning om tvangstiltaket, dvs. når spaningen, er avsluttet. Spaning er gjerne ett av flere virkemidler i en pågående etterforskning, og det fremstår som usedvanlig upraktisk og formalistisk at underretning skal gis under en pågående etterforskning hvis ingen av vilkårene i tredje ledd foreligger. Kravet til ”vesentlig skade” innebærer at unntak fra underretningsplikten ikke skal være hovedregelen. Spaning mot en mistenkt kan også avsluttes under etterforskningen for senere igjen å iverksettes, noe som vil vanskeliggjøres dersom det allerede skal ha blitt underrettet om den tidligere spaningen. Dersom det skal underrettes, bør tidspunkt for underretning først kunne inntre når etterforskningen som helhet, ikke det enkelte tiltaket, er avsluttet, eventuelt når etterforskning er gått over i en åpen fase og det kan gis innsyn etter § 6-1.

Lovfesting av spaning medfører et nødvendig og uhensiktsmessig skille mellom spaning iht. straffeprosessloven og spaning foretatt utenfor straffeprosesslovens område. Også forslag til lovfesting av spaning vil medføre større adgang til prosess om selve tiltaket og dets lovmessighet, ved at det kan reises tvil om en spaning har vært systematisk og langvarig, og således faller inn under bestemmelsens virkeområde, om formelle krav til beslutning eller forholdsmessighet medfører ulovlighet, eventuelt om bevisavskjæring etter § 8-5.

3.10.2 § 21-4. Infiltrasjon mv.

Forslaget innebærer ingen ny rettstilstand, men tar i det vesentlige sikte på å kodifisere gjeldende ulovfestet rett, men med noen endringer som kommenteres nærmere nedenfor.

Infiltrasjon defineres i Johs Andenæs Norsk straffeprosess 1994 bind I s 257 som at

«politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, innarbeider seg i (infiltrerer) en organisasjon eller et kriminelt miljø for å få tak i opplysninger som det ikke ville få ved vanlig etterforskning. Politimannen sørger f.eks. for et antrekk, utseende og opptreden som gjør at han kan ferdes i et narkotikamiljø uten å vekke oppsikt».

Infiltrasjon er en komplisert metode som anvendes både under etterforskning, ved avverging og ved politiets forebyggende virksomhet. Infiltrasjon medfører en aktivitet, i motsetning til spaning, men uten å påvirke, noe som i tilfelle kan omfattes av forslag til § 21-5. I utgangspunktet er det vanskelig å tenke seg en provokasjon som ikke også innebærer elementer av en infiltrasjon. Grensedragningen kan til tider være komplisert på forskjellige stadier, herunder når det gjelder psykisk medvirkning til straffbare handlinger, bistand ved kontrollerte leveranser og varighet / intensitet ved en infiltrasjon.

Infiltrasjon som metode er i dag ulovfestet, og reguleres av politiets interne retningslinjer og rettspraksis, ikke minst fra EMD.

Lovutvalget nevner heller ikke her politiets aktivitet og tilstedeværelse på nett eller sosiale medier, noe som er økende og nødvendig, og som medfører spesielle problemstillinger.

Bestemmelsens første ledd omfatter flere forskjellige alternativer. Siste punktum er ment å videreføre dagens § 216 l. Slik første ledd er utformet, er det uklart om de krav som stilles i 1. og 2. punktum også skal gjelde for 3. punktum, noe som i tilfelle vil innebære en innskrenking i forhold til dagens § 216 l. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør

første ledd, 3. punktum skilles ut i et eget ledd eller egen bestemmelse for å unngå enhver tvil. Det er dessuten snakk om et forholdsvis lite inngripende tvangsmiddel, og en handling som privatpersoner står fritt til å utføre.

Strpl. § 216 d annet ledd om at det normalt er politimesteren som treffer avgjørelsen når spørsmålet avgjøres av politiet, gjelder ikke ved anvendelse av strpl. § 216 l. Beslutningen kan derfor også treffes av andre politijurister. Forslag til ny § 14-3 (1) innebærer en innsnevring av hvem som kan treffe beslutning innen påtalemyndigheten, uten at det er drøftet om dagens kompetansebestemmelse har medført noen problemer.

Det er for strpl. § 216 l ikke satt noen bestemt lengstefrist i loven for hvor lenge avlyttingen kan pågå, men i lovforslaget er det i annet ledd foreslått en tidsbegrensning på 4 uker, uten at dette kan sees nærmere begrunnet. Ved enkelte infiltrasjonshandlinger er det åpenbart at infiltrasjonen vil måtte skje over tid for å være effektiv, og en frist på 4 uker vil i slike tilfeller fremstå som meningsløs når den vil måtte forlenges regelmessig.

Første ledd første punktum lyder *”Polititjenesteperson eller en som opptrer på vegne av politiet, kan uten hensyn til mistankekravet i § 14-1 første ledd, ta fordekt kontakt med en person for å fremskaffe informasjon.”* Det antas at § 14-1 (2) også skal gjelde her. Det er ikke nærmere avklart hva som ligger i ”fordekt”. Det legges i det videre til grunn at «fordekt» betyr at motparten er i villfarelse om at han snakker med politiet eller noen som opptrer på vegne av politiet. Bestemmelsen rammer i så fall vidt, i prinsippet omfattes enhver kontakt en polititjenesteperson i sivil tar med en annen person for å fremskaffe informasjon. Politiet har alltid snakket med folk, og det fremstår som noe forunderlig at det skal kreve lovhjemmel for å snakke med publikum selv om man ikke fremstår som eller gir seg til kjenne som politi, herunder kontakt på nett og via sosiale medier. Andenæs’ definisjon, som innebærer å ”innarbeide” seg, er utvidet til å ta fordekt kontakt med, noe som medfører en betydelig utvidelse av hva som etter forslaget skal betegnes som infiltrasjon.

Ordlyden avgrenses til å ta fordekt kontakt med en annen person, men i praksis kan det like gjerne gjelde en gruppe personer. Også på dette punkt virker forslaget lite gjennomtenkt.

Et praktisk eksempel som vil omfattes av bestemmelsen, er at en etterforsker som ser annonsert en mulig stjålet gjenstand må ha beslutning fra påtalemyndigheten og plan for infiltrasjonen for å kunne ringe opp selger for å få nærmere opplysninger om gjenstanden, med mindre han presenterer seg som polititjenesteperson. En slik fremgangsmåte innebærer en unødig byråkratisering av arbeidet med å oppklare straffbare handlinger.

Under det som i dag betegnes som infiltrasjon kan det være forskjellig type kontakt mellom politiet og personer i et miljø. Formålet med infiltrasjonen vil variere, og infiltrasjonens art kan variere mye. Hvor inngripende en infiltrasjon er, vil derfor også variere mye, fra sporadisk tilstedeværelse i et miljø i etterretningsøyemed via mer målrettet kontakt med miljø / personer som ledd i å innhente opplysninger om noen begår eller har begått straffbare handlinger, til relativt tett kontakt med en mistenkt over tid med tanke på å få opplysninger om en konkret straffbar handling. Det er grunn til å ha en nærmere avklaring av om alle disse forskjellige variantene – om noen – er såpass inngripende at de vil kreve hjemmel i lov.

Bestemmelsen omfatter etter ordlyden også politiets bruk av informanter, og da særlig aktiv informantbruk. I praksis er det imidlertid ikke vanlig å omtale informasjonsinnhenting ved hjelp av informant som infiltrasjon idet formålet ikke er å innhente bevis, selv om det strengt tatt kan falle inn under noen av de definisjonene som finnes av infiltrasjon. Det er vanlig i

praksis å omtale infiltrasjon som de tilfeller hvor man enten ved tjenestemenn eller medhjelper (uavhengig av bruk av uriktig id) innarbeider seg i et miljø for å innhente informasjon som man igjen skal benytte som bevis. Mens man kaller det informantbehandling når informasjonsinnhenting ikke skal tjene som bevis – enten fordi man er på etterretningsnivå eller i de sjeldne tilfeller man er i etterforskning, men skal nekte innsyn i informasjonen etter dagens § 242 a (utkastets § 6-8).

Vi viser dessuten til kommentarer ovenfor om krav til beslutning, plan etter § 21-6 (2) og underretning, som i dette tilfellet kan være ødeleggende for politiets muligheter til å bruke informanter når man blant annet ser på forslag til ny § 6-1.

Til bestemmelsens første ledd annet punktum bemerkes at vilkåret for å begå ellers straffbare handlinger ikke bør være hensynet til å kunne opptre fordekt, men hensynet til selve infiltrasjonen idet hensynet til å kunne opptre fordekt kun er en del av formålet med å gjennomføre selve infiltrasjonshandlingen.

Et utgangspunkt når det gjelder forslag til ny § 14-3 (1) kan være at beslutningsnivået for om en kan foreta ellers straffbare handlinger samsvarer med påtalekompetansen. Er det snakk om handlinger hvor politiet har påtalekompetanse vurderes det på dette nivå – er der snakk om straffbare handlinger hvor statsadvokaten har kompetanse, skal slike handlinger klareres der.

3.10.3 § 21-5. Påvirkning av hendelsesforløp og bevisprovokasjon

Som nevnt ovenfor vil handlinger som omfattes av § 21-4 og § 21-5 kunne ha nær sammenheng. Det er derfor noe underlig at rettsstridighetsreservasjonen i § 21-4 første ledd annet punktum ikke er tatt med i § 21-5. Det vil ved en handling som omfattes av § 21-5, være vel så nærliggende å begå en ellers straffbar handling som under en infiltrasjon, eksempelvis ved å frakte eller oppbevare et parti narkotika.

Ved påvirkning av et hendelsesforløp (”provokasjon”) er politiet til stede i forkant av en straffbar handling og kan gjøre handlinger som i større eller mindre påvirker andres straffbare handlinger med hensyn til tid, sted eller utførelsesmåte. Det som skiller provokasjonen fra spaning og infiltrasjon, er altså muligheten for å påvirke – noe som innebærer fare for kriminalisering og fare for misbruk. Men selv om det gjøres en påvirkning, behøver ikke denne påvirkningen å være verken særlig inngripende eller omfattende. Påvirkningen kan for eksempel gå ut på at politiet påvirker aktørene til å foreta overleveringen av hasj i Oslo i stedet for på Hamar. Dette kan være begrunnet i for eksempel ressurs- og kontrollhensyn. Hvorvidt overleveringen skjer i Oslo eller på Hamar, har åpenbart ingenting å si for straffbarheten og kan ikke sies å være særlig inngripende. At det skjer en påvirkning kan alene ikke være tilstrekkelig til å begrunne en lovfesting da denne påvirkningen kan være svært ulik fra sak til sak.

Den eneste gevinst en kan se ved lovfesting er at det blir slått fast at påvirkning er en lovlig metode. Begrepet «påvirkning av hendelsesforløp» er dessuten et mer treffende og mindre belastet uttrykk enn ”provokasjon”.

Det er komplisert å detaljregulere forskjellige varianter i en lovtekst, og lovforslaget inneholder ikke stort mer enn det selvfølgelig. I dagens ulovfestede virkelighet foreligger en rikholdig rettspraksis som har vært relativt konsekvent over flere tiår, samt retningslinjer fra Riksadvokaten, herunder de såkalte ”8 punkter”. Det bemerkes at lovforslaget kun omfatter ett av disse, nemlig at det ikke skal fremprovoseres en straffbar handling som ellers ikke ville

ha blitt begått uten politiets påvirkning. Det legges til grunn at en eventuell lovfesting fortsatt vil måtte suppleres av direktiver og rettspraksis, idet lovforslaget ikke legger opp til noen endret praksis. En lovfesting vil ikke gi noe i form av avklaringer utover det som allerede er fastlagt gjennom rettspraksis og dermed anses som gjeldende rett. Faren med en detaljert lovregulering er imidlertid åpenbar. De kriminelle vil tilpasse seg og lettere kunne avdekke hva politiet kan og ikke kan gjøre. Dette vil gjøre metoden mindre effektiv, kanskje til og med uten verdi.

For bedre å bekjempe profittmotivert kriminalitet, hvitvasking og bedre inndragningsresultatene bør bevisprovokasjon også kunne foretas for å skaffe bevis for eierskap til formuesgoder. Dette bør tas med som et alternativ i § 21-5 annet ledd.

3.10.4 § 21-2. Teknisk sporing

Oslo statsadvokatembeter anser det som en forenkling at personnær sporing og sporing knyttet til gjenstand blir samlet i én bestemmelse og med samme vilkår for bruk. Begrunnelsen for å ha ulike vilkår er vanskelig å se når en ser inngrepet i sammenheng med for eksempel reglene for lokalisering og innhenting av trafikkdata knyttet til telefon. Kompetansen ligger pr. i dag til politimester / visepolitimester og dette foreslås videreført. Det må imidlertid være en feil i utkastets § 3-25 (1) a) hvor det angis at det skal oppnevnes særskilt forsvarer når retten behandler begjæring etter § 21-2. En slik beslutning skal ikke undergis rettslig behandling eller etterprøving, jf. § 21-6 (1).

3.10.5 § 21-3. Skjult kameraovervåking

I lovutkastet på side 344 uttales at når det gjelder skjult kameraovervåking foreslås i det alt vesentlige en videreføring av gjeldende rett. Likevel foreslås endringer i lovteksten som reiser sentrale spørsmål knyttet til bestemmelsens virkeområde. Disse endringene er ikke drøftet nærmere og det er derfor usikkert hva som er begrunnelsen for endringene og om disse er tilsiktet eller ikke.

I dagens strpl. § 202a, slik bestemmelsen lyder etter lovendring i lov 17. juni 2016 nr. 54, er det inntatt en definisjon av hva skjult kameraovervåking er. I utkast til ny § 21-3 er to av elementene i dagens definisjon – at det må dreie seg om personovervåking og med mulighet for opptak av bilde – fjernet. I dag tolkes loven slik at dersom det ikke er personovervåking eller det ikke er mulighet for opptak, er man utenfor lovens område. Dette er også naturlig da overvåking av gjenstand eller uten opptak av bilde er langt mindre inngrep – og som dermed ikke krever hjemmel i lov. Hvorvidt man i slike tilfeller kan bruke kameraovervåking, må da vurderes i forhold til den alminnelige handlefrihet og om legalitetsprinsippet setter noen grenser. Ved at disse to elementene nå er fjernet fra lovforslaget, oppstår tvil og spørsmål om også en ren overvåking av en gjenstand uten at personer fanges opp også vil omfattes av bestemmelsen og må besluttet av retten – f.eks. et avdekket narkotikaparti / tyvgods eller lignende. Det samme gjelder når det ikke er mulighet til opptak. I dag regnes det som et hjelpemiddel uten at bevis sikres og inngrepet er således lite, f.eks. bruk av kamera som et «forlenget» øye hvor spaner står rundt hjørnet og ser på i sann tid, men hvor intet opptak skjer.

Det bør være klartest mulig angitt i loven hvor grensene for bestemmelsen går, da dette typisk skaper mye tvil i praksis. Oslo statsadvokatembeter mener definisjonen slik den er i gjeldende lov, er dekkende og gir et naturlig utgangspunkt for hva som bør omfattes av skjult kameraovervåking, og anbefaler at dette videreføres.

Politimesterens hastekompetanse i strpl. §202 a synes ikke å være foreslått videreført i forslag til ny § 14-3 (2), sammenholdt med § 21-6 (1). I det minste medfører dette en usikkerhet som må avklares i proposisjonen.

Når det gjelder forslag til ny § 21-3 (3) stiller vi spørsmål ved begrunnelsen og behovet for denne bestemmelsen. Slik forslaget foreligger, er det altså ikke et forbud mot kameraovervåking på steder hvor fortrolige samtaler foretas, men at det kun unntaksvis skal foretas. I denne sammenheng vil vi peke på at kameraovervåking kun gir hjemmel for opptak av bilde og ikke lyd. Den fortrolige samtalen er således ikke berørt ved skjult kameraovervåking. Dersom det skal sikres lyd, må det foreligge kjennelse (evt. beslutning etter lovforslaget) for romavlytting etter § 20-3. I denne bestemmelsen gir det derfor mening at man kun unntaksvis kan avlytte steder der fortrolige samtaler foretas. Vi kan ikke se at det bør være noen begrensning i adgangen til kameraovervåking, da hensynet til vern av den fortrolige samtale er ivaretatt tilstrekkelig ved at det er begrensninger i adgangen til å gjøre opptak av lyd, jf. § 20-3 (2).

3.10.6 § 21-6. Beslutningsmyndighet og krav til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon

Etter forslag til § 21-6 (1), jf. § 14-3, er beslutningsnivået lagt til politimester. Det er uvisst hva som er begrunnelsen for dette, idet beslutningsnivået i flere tiår har vært lagt til statsadvokat. Oslo statsadvokatembeter har god erfaring med deltagelse i klareringsprosessen, og er av den oppfatning at statsadvokaten har en åpenbar rolle og funksjon i dette, ikke minst når den type saker dette gjelder som hovedregel skal påtaleavgjøres av den høyere påtalemyndighet og irettesføres av statsadvokaten. Utvalgets anbeførelse om at et annet beslutningsnivå kan avklares ved instruks, fremstår som unødvendig og mindre gjennomtenkt.

3.11 Kapittel 22. Inngrep i mistenktes formue. Heftelse og båndlegging

3.11.1 Heftelse

Reglene om heftelse fremgår av utkastet § 22-1, og §§ 22-4 til 22-6. I dagens straffeprosesslov fremgår reglene av §§ 217 til 219.

Bestemmelsene er praktisk viktige idet de hjemler en adgang til for påtalemyndigheten å skaffe sikkerhet for verdiinndragningskrav, fornærmedes erstatningskrav, mv. Det er grunn til å tro at bestemmelsene benyttes for lite. Det vises til at Statens Innkrevingssentral pr. 31. desember 2016 hadde over 530 millioner i utestående inndragningskrav. Kravene foreldes suksessivt.

Årsakene til at bestemmelsene synes å være for lite brukt er at politiet fokuserer for lite på inndragning av utbytte fra kriminalitet. Det er særlig for lite fokus på sikringsfasen, og da også for å skaffe sikkerhet for andre pengekrav, f.eks. fornærmedes erstatningskrav. En annen årsak til at dagens regler ikke benyttes, er at reglene er upedagogisk utformet, og gir svært liten praktisk veiledning for rettsanvenderne.

Utkastets regler medfører ikke en tilstrekkelig pedagogisk forbedring.

Bestemmelsene om heftelse og beslag har fellestrekk. Det er det såkalte identitetskravet som skiller heftelse og beslag. Ved heftelse kreves ikke en utsikt til en påviselig identitet mellom sikringsobjektet og det straffbare forholdet. Dette kreves imidlertid ved beslag.

Rettskraftvirkningen er også noe forskjellig, idet heftelse kun verner mot frivillige disposisjoner forutsatt at det er etablert rettsvern.

Inndragningsutvalget foreslo at påtalemyndigheten skulle kunne sikre midler etter rettskraftig dom, jf. NOU 1996: 21 på side 128 flg. og side 174. Departementet mente den gang at det ikke var nødvendig med en slik regel, jf. Ot.prp. nr. 8 (1998-99) s. 47 flg.

Oslo statsadvokatembeter mener det er en uholdbar situasjon at kriminelle skylder den norske stat over en halv milliard kroner i utbytte fra kriminalitet. Det er et åpenbart behov for å forbedre og forenkle reglene på dette området.

Det er Statens Innkrevingsssentral som innfordrer verdiinndragningskravene, mens politiet innfordrer gjenstandsinndragningskravene, jf. straffeprosessloven § 455 i.f. og § 456 første ledd. Statens Innkrevingsssentral har ingen mulighet til å avdekke at kriminelle har midler dersom de unngår å stå registrert med eiendom, fast arbeid, mv. Som kjent unngår kriminelle slike offentlige posisjoner, særlig ved bruk av stråmenn eller kontantøkonomi. Derimot har politiet en større mulighet til å avsløre at kriminelle eier midler, f.eks. ved politikontroller og annen patruljevirkomhet. En forutsetning for at politiet skal kunne sikre midler til innfordring av et eksisterende krav, er at politiet faktisk *vet om* kravet. Oslo politidistrikt har et prøveprosjekt med Statens Innkrevingsssentral om tilgang til Statens Innkrevingsssentrals datasystem for å kunne undersøke kravsaldo. Imidlertid har ikke politiet hjemmel til å sikre eiendeler de måtte avdekke, fordi departementet tidligere avsto å åpne for heftelse etter rettskraft.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør reglene om heftelse gjennomgås på nytt og det må tas sikte på å etablere regler som er:

- Pedagogisk lettfattelige
- Muligens slå sammen reglene om heftelse og beslag
- Gi adgang til heftelse etter rettskraft
- Gi politiet et medansvar, sammen med SI, for innfordring av pengekrav

Det er også behov for endring av tinglysingsloven § 30 første ledd i.f. om bortfall av virkningen av visse tinglysinger.

Tinglysingen av beslag og heftelse mv. bør stå ved lag inntil påtalemyndigheten eller retten har besluttet å fjerne den. Eventuelt bør det innføres en regel om underretning til den berettigede, før bortfall av tinglysing. Det er eksempler på at forsvarer, uten å varsle politiet, henvender seg til Kartverket etter to år og får tinglysningen fjernet. Da forsvinner midlene raskt naturligvis.

En er usikker på om utkastet tar opp i seg at *andre enn* de skyldige kan gjøres til adressat for et inndragningskrav.

Straffeprosessloven § 82 siste ledd hjemler at reglene om blant annet tvangsmidler får tilsvarende anvendelse for andre ansvarlige. Dette er en viktig presisering fordi ellers vil kriminelle lett kunne unndra seg et inndragningsansvar ved å sørge for overføring av utbytte «direkte» til medsammensvorne som det av bevismessige grunner vanskelig kan rettes straffansvar mot, jf. straffeloven § 71.

3.12 Kapittel 23. Kontakt- og oppholdsforbud

Ingen bemerkninger.

4 DEL 4. INTERNASJONALT SAMARBEID

4.1 Kapittel 24. Bistand fra utenlandske myndigheter

Begrunnelsen for å samle bestemmelsene i ett kapittel er ”Utvalget foreslår derfor ingen vesentlige realitetsendringer i gjeldende regler.

Derimot er det et klart behov for en samlet rettslig regulering av internasjonalt samarbeid i straffesaker. Gjeldende regelverk bygger på et temmelig uoversiktlig og unødig komplisert rettskildebilde, og det er utvilsomt behov for økt bevissthet om de muligheter som finnes, både for å sikre et effektivt internasjonalt samarbeid og for å sikre etterlevelse av gjeldende regelverk.

Dersom reglene samles og omstruktureres, vil de utvilsomt kunne bli vesentlig tydeligere og lettere tilgjengelige.”

Kapittelet inneholder i det alt vesentlig kun en samling av internrettslige bestemmelser som i dag finnes hovedsakelig i domstoloven og utleveringsloven kapittel 5, samt i enkelte tilfeller en kodifikasjon av fremgangsmåter som fremgår av konvensjoner Norge er tilknyttet, herunder Nordisk samarbeidsavtale om overføring av straffesaker. Et unntak er forslag til § 24-1 (1) siste punktum, som er en utvidelse i forhold til domstoloven § 48 og heller ikke er en del av forslaget til ny domstollov.

Svært mye av nødvendige reguleringer når det gjelder etterforskning som kreve internasjonalt samarbeid, er utelatt i lovforslaget. Forslaget omfatter ikke utlevering, som fortsatt er tenkt regulert i egen lov og konvensjon, herunder lov om nordisk (og muligens etter hvert) europeisk arrestordre.

Forslaget omfatter ikke utenrettslig bistand i utlandet, f.eks. spaning, kontrollerte leveranser, innhenting av straffeutskrift, tidligere dommer, politiavhør, mv. I mange tilfeller gir konvensjoner langt flere muligheter enn forslag til ny straffeprosesslov, og vil fortsatt være avgjørende for gjennomføring av etterforskningskritt over landegrensene.

5 DEL 5. PÅTALEVEDTAK

5.1 Kapittel 28. Avgjørelse av påtalespørsmålet mv.

5.1.1 § 28-1. Frist for påtalevedtak

Oslo statsadvokatembeter er enig i at en rask behandling av straffesakene er viktig, både av kvalitetshensyn og av hensyn til fornærmede og tiltalte. Et element i dette arbeidet er politiets kontinuerlige arbeid for å forbedre porteføljestyling mv., for å hindre at enkelte saker blir liggende. Samtidig må man erkjenne eksistensen av kontinuerlige prioriteringskonflikter som innebærer at noen saker blir prioritert ned.

Fanebestemmelsen i utkastet § 28-1 første ledd er godt formulert og er dekkende for målet om rask straffesaksbehandling. Internt i politiet og påtalemyndigheten vil bestemmelsen være egnet som et virkemiddel for å besørge adekvat fremdrift. Oslo statsadvokatembeter støtter således innføringen av utkastet § 28-1 første ledd.

I utkastets annet ledd foreslår flertallet en fristregel med adgang til rettslig overprøving av etterforskingens fremdrift. Oslo statsadvokatembeter er imot innføring av fristregelen i annet ledd.

For å kunne ta standpunkt til fremdriftsspørsmålet må retten sette seg inn i hele sakskomplekset, som tidvis vil være en omfattende oppgave. Det innhentede materiale må holdes opp mot den muligheten politiet – i fortid – hadde til å innhente beviset. Omstendigheter som at vitner kan være vanskelige å få tak i, eller andre forhold, kan medføre unormalt tidstap. I tillegg vil det for noen typer bevis være en naturlig ventetid, som for eksempel ved analyser av narkotisk stoff, ved bruk av sakkyndig, ved anmodninger til utlandet om rettshjelp, mv. Ventetiden varierer over tid og forholdene i den enkelte sak.

Retten må holde fremdriftsvurderingen opp i denne nokså umålbare og varierende ventetiden. Retten er naturligvis ikke kjent med alle, nasjonale og internasjonale, innhentingskilder, herunder deres styrker og svakheter, samt den forventede tidsbruken. Domstolene har neppe det riktige grunnlaget for å kunne treffe en riktig beslutning i disse spørsmålene.

Etterforskning omfatter mer enn å skaffe til veie bevis for skyld- og reaksjonsspørsmålet. Ikke sjelden innebærer etterforskningen flere mellomstadier, f.eks. situasjoner der politiet arbeider for å komme *i posisjon* til å skaffe bevis. Sakens fremdrift kan være preget av slike nødvendige omveier. Fra tid til annen kan slike omveier også være begrunnet i muligheten for å unngå å eksponere informanter eller spare ofrene for unødig belastning. Slike vurderinger kan ofte omfatte et taktisk element som dommere ikke nødvendigvis er trent i å se.

Etter vårt syn eksisterer det et kompetanseforskjell mellom påtalemyndigheten og retten, som innebærer at retten vanskelig kan vurdere den medgåtte fremdriften, og antatt resterende tidsbruk.

Fremdriftsspørsmålet må forberedes av politiet før rettens behandling, f.eks. ved å utarbeide redegjørelser om fremdriften med tilhørende dokumentasjon. I tillegg må saken prosederes skriftlig eller muntlig. Det er ikke tvil om at rettens behandling av fremdriftsspørsmålet vil stjele ressurser fra den øvrige etterforskningen. I tillegg vil en del rettsavgjørelser ankes, hvilket ytterligere øker usikkerheten og politiet merarbeid med saken. Politiet vil bli tvunget

til å bruke mye tid på å dokumentere fremdriften, til fortrenghet for å kunne bruke ressurser på etterforskningen.

Dessuten vil frykten for at man må bruke ressurser på å forklare sakens tilsynelatende manglende fremdrift, kunne virke som en sperre mot å starte vanskelige, viktige og uoversiktlige saker. Bestemmelsen vil således beskytte kriminelle, særlig innen økonomisk og organisert kriminalitet.

Det må naturligvis legges til grunn at enkelte forsvarere regelmessig vil klage saken inn for retten etter 1 år og 6 måneder uansett fremdrift.

Den foreslåtte regelen vil medføre prosess om prosessen. Dette er naturligvis unødig prosessfremmende og byråkratisk.

Utvalget fremhever anklageprinsippet flere steder i utredningen. Fristregelen i annet ledd bryter sterkt med anklageprinsippet. Etter bestemmelsen skal retten overprøve påtalemyndighetens arbeid og en ser et tydelig element av en etterforskningsdomstol som er fjernt for det norske systemet.

Dersom en ser at retten er uenig med politiet om fremdriften, og saken nærmer seg rettens frist, tvinges politiet til å fatte påtalevedtak på sviktende grunnlag. Et slikt system representerer åpenbart en rettssikkerhetsrisiko.

Fra tid til annen vil en sak omfatte sensitive dokumenter, som senere ikke vil inngå i etterforskningsmaterialet som forsvarerne får tilgang til. I tillegg vil politiet ha interne arbeidshypoteser om saken. Disse opplysningene vil ha betydning for vurdering av tidsbruken. Rettens tilgang til dette materialet og kontradiksjonsutfordringer kan skape faktiske og rettslige problemer som en ikke kan se er drøftet i utredningen, hvilket ytterligere styrker usikkerheten om forslaget.

Oslo statsadvokatembeter støtter mindretallets syn om at en klageadgang til overordnet påtalemyndighet er tilstrekkelig for å besørge adekvat fremdrift i etterforskningen. At manglende fremdrift kan påklages til statsadvokaten, samsvarer godt med statsadvokatenes rolleutvikling slik den fremgår av påtaleanalysen (NOU 2017: 5). Det forventes der at statsadvokatene skal øke fagledelsen av politiet.

Sakens fremdrift blir også vurdert av domstolen under hovedforhandlingen fordi både norsk internrett og EMK foreskriver redusert straff dersom saken ikke er fremmet innen “rimelig tid”.

5.1.2 § 28-2. Henleggelse

Bestemmelsen fremstår som godt begrunnet, samt hensiktsmessig og godt utformet.

Oslo statsadvokatembeter støtter utforming av bestemmelsen.

5.1.3 § 28-3. Påtaleunntatelse

Ordlyden “overveiende grunner” fremstår som noe uklar.

Dagens ordlyd “helt særlige grunner” synes imidlertid for streng, jf. straffeprosessloven § 69 første ledd.

Oslo statsadvokatembeter mener at begrepet “særlige grunner” vil egne seg best.

5.1.4 § 28-5. Ny inndragning etter vedtatt forelegg

Oslo statsadvokatembeter foreslår å endre utkastet § 28-5 tredje ledd.

Adgangen til ny inndragning i denne bestemmelsen må sees i sammenheng med utkastets § 32-13, og det vises til kommentarene til den bestemmelsen.

5.1.5 § 28-7. Tilsagn om straffepåstand

Oslo statsadvokatembeter mener at adgangen til å gi tilsagn om straffepåstand ikke bør lovfestes. Ordningen er i dag instruksfestet fra Riksadvokaten, og det synes som en hensiktsmessig reguleringsform.

Dersom denne muligheten blir lovfestet, og således normalisert, vil den skape forventninger hos den mistenkte og det er en fare for at mistenkte i regelen vil nekte å forklare seg før de får vite hva påtalemyndigheten har å tilby, noe som vil virke mot sin hensikt.

Det er dessuten vår erfaring at straffetilsagn i praksis svært sjelden gis. På det tidspunktet spørsmålet eventuelt oppstår, vil den ansvarlige påtalejurist svært ofte ikke vær beredt til å ha noen sikker mening om hva som vil være riktig straff. Straffutmålingen for den enkelte avhenger av mange faktorer, som man ofte vil ha oversikt over først på et langt senere stadium.

5.1.6 § 28-8. Utforming av påtalevedtak

Utkastet krever i første ledd at påtalevedtaket skal være “signert av den som har truffet avgjørelsen”. Etter vårt syn er formuleringen ikke helt treffende. Ikke sjelden må påtalejurister underskrive tiltalen på vegne av den som har behandlet saken. Dette skjer på grunn av tjenestereiser, ferieavvikling, aktorater utenbys, mv. For å sikre notoritet skriver man da i regelen “for”, foran navnet til den behandlende juristen.

Formuleringen tar heller ikke opp i seg at det er statsadvokatene som utformer og signerer Riksadvokatens tiltalebeslutninger.

Formuleringen bør f.eks. endres til: “... og være datert og signert.”

Det heter i utkastets annet ledd at henleggelsesbeslutninger skal “inneholde en kort angivelse av saken og grunnlaget for avgjørelsen”.

Det fremgår av spesialmerknadene til bestemmelsen at:

“Det reelle grunnlaget for henleggelsen må fremgå, men det er tilstrekkelig at dette skjer ved bruk av henleggelseskoder i kombinasjon med en *stikkordsmessig angivelse av det rettslige og faktiske grunnlag for avgjørelsen*, slik praksis er etter gjeldende lov.”
[kursivert her]

En oppfatter ikke at dagens praksis innebærer stikkordsmessige begrunnelser i tillegg til henleggelsesgrunnlaget. Nær 400 000 saker blir anmeldt årlig, og de fleste henlegges. Å supplere henleggelsesgrunnlagene med en stikkordsmessig angivelse av det rettslige og faktiske grunnlaget for avgjørelsen, innebærer et betydelig merarbeid sammenlignet med dagens praksis. Det synes ikke som at utvalget her tar hensyn til at langt de fleste straffesakene er anmeldte småsaker som henlegges.

Et lovkrav om stikkordsmessige begrunnelser, i tillegg til henleggelsesgrunnlagene, vil få store administrative og økonomiske konsekvenser. For å møte merarbeidet må en påregne og ansette et betydelig antall politiadvokater.

Prinsipielt bør ikke arbeidet med de sakene som henlegges gjøres mer omfattende, men derimot bør ressursene brukes på de sakene som kan føre frem til et positivt påtalevedtak.

Fra tid til annen krever en henleggelse en mer utførlig forklaring enn det standardbrevet som sendes ut fra politiet. Dette er særlig aktuelt i overgrepssaker. I disse sakene vil som regel politijuristen skrive et eget henleggelsesbrev tilpasset den aktuelle saken. En slik praksis ansees å være god påtaleskikk, og trenger ikke lovfesting. Imidlertid må det uansett påpekes at påtalemyndighetens henleggelsesbrev må forbedres, og gjøres mer pedagogisk og lesbart for den jevne borger.

I tredje ledd bokstav c) er det angitt at “eventuelle vilkår for beslutningen” skal ta med i vedtaket. En finner liten veiledning for hva utvalget mener med dette. Ordlyden fremstår som uklar. Innholdet bør klargjøres av departementet, eventuelt at det overlates til Riksadvokaten å gi direktiver.

5.1.7 § 28-9. Underretning om påtalevedtak

Adgangen til å unnlate underretning om henleggelse i utkastet fjerde ledd er snevrere enn dagens regel i påtaleinstruksen § 17-2 tredje ledd.

Etter vårt syn må adgangen til å unnlate underretning av hensyn til politiets metodebruk inntas som en begrunnelse for å unnlate underretning. Ikke sjelden kommer en i situasjoner der åpenhet om straffesakens eksistens, vil avsløre politiets informant. I slike situasjoner vil underretning kunne medføre en stor risiko for informanten eller hans familie. I tillegg bør hensynet til vitner, herunder fornærmede, kunne begrunne unnlatt underretning. I enkelte saker kan vitner, med god grunn, frykte represalier dersom mistenkte avdekker at de har forklart seg ufordelaktig eller at de har stilt eiendommen til disposisjon for politiets spaningspost, mv.

Utvalget innfører et vilkår om “nærliggende fare”, til tross for at dagens regel utelukkende er en “kan-regel”. En kan ikke se at innstrammingen er begrunnet i utredningen, og en vil advare mot en slik innstramming. Vilkårene for å unnlate underretning er vektige grunner i seg selv og det bør overlates til påtalemyndighetens skjønn. Unnlatt underretning om en ukjent etterforsking kan ikke sies å kreve slike strenge vilkår som utvalget foreslår.

Konsekvensen av en manglende mulighet til å holde en etterforsking skjult, blir at politiet vil unnlate oppstart av potensielt gode – men på oppstartstidspunktet ikke sikre – straffesaker, hvilket naturligvis er uheldig.

Utkastet oppstiller også et vilkår om *skjult* etterforsking. Hva som menes med *skjult* etterforsking, er uklart. Er det en vurdering av om et gitt etterforskingsskritt skal anses som *åpent* eller *skjult* (f.eks. kommunikasjonsavlytting vs. avhør) eller menes «skjult» at mistenkte rent faktisk ikke har fått kjennskap til forfølgningen?

Adgangen til å unnlate underretning bør knyttes til de nevnte konsekvensene av underretning. Det synes unødvendig å legge inn et uklart vilkår om etterforskingens art eller form.

5.2 Kapittel 29. Omgjøring og overprøving av påtalevedtak mv.

5.2.1 § 29-1. Generelt om omgjøring av påtalevedtak

En kan ikke se at utvalget har beskrevet rettsfølgen av en henleggelse.

I Straffeprosessloven Kommentartutgave av Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud, Knut Erik Sæther til § 74 fremgår at:

“Men bestemmelsen vil ikke være til hinder for at politiet tar opp den *utenrettslige* etterforskingen på ny dersom det finner grunn til det, eventuelt ved at det blir begjært rettslige etterforskingsskritt som er rettet mot tredjemann eller som er «nøytrale».”

I Andenæs, Norsk straffeprosess ved Tor-Geir Myhrer, 4. utgave på s. 372 fremgår at “At forfølgningen ikke kan gjenopptas, betyr først og fremst at det ikke kan reises tiltale. ...”

Henleggelsens rettsfølge innebærer kun en sperre mot en *tiltalebeslutning* og mot rettergangsskritt som er *rettet mot mistenkte*. Ut over det er ikke påtalemyndighetens handlefrihet begrenset. Dette er en viktig side av reglene som ikke er enkel å få øye på ved kun å lese lovteksten, men som følger av lovens systematikk. Adgangen til utenrettslig etterforsking, og til nøytrale rettergangsskritt, er så praktisk viktig at den bør lovfestes i hovedregelen.

Som beskrevet i spesialmerknadene til bestemmelsens annet ledd, gjelder omgjøringsbegrensningen kun ved etterforsking på *personnivå*, i motsetning til etterforsking på *saksnivå*.

Denne presiseringen er viktig og bør fremgå tydelig av loven.

Hva gjelder embetsleders omgjøringskompetanse, viser vi til våre kommentarer til § 2-9 annet ledd.

5.2.2 § 29-2. Overordnet påtalemyndighets omgjøringsadgang

Ved bortfall av skillet mellom mistenkt og siktet er det grunn til å spørre seg om omgjøringsvernet blir for omfattende. Etter vår mening så er konsekvensene ved denne endringen for dårlig utredet.

5.2.3 § 29-3. Omgjøring av vedtak om henleggelse

Det fremgår av bestemmelsen at saker henlagt etter bevisets stilling, kan omgjøres når “nye avgjørende bevis avdekkes”. I spesialmerknadene fremgår at etterforskingen kan gjenopptas

når “bevismateriale er tilstrekkelig til at straffeskyld anses bevist”. Utkastet innebærer en kraftig innsnevring i forhold til dagens straffeprosesslov § 74 første punktum, som kun krever “bevis av vekt”. Oslo statsadvokatembeter støtter ikke en slik innsnevring i adgangen til å gjenoppta etterforskingen. Det synes som at innrettelseshensynet har fått for stor vekt til fortrenghet for sannhetsidealet, og fornærmedes og samfunnets behov for å gjennomføre straffeforfølgningen.

En for høy terskel for å gjenoppta etterforskingen vil særlig virke beskyttende overfor seriekriminelle. Man kan lett se for seg at enkeltsaker henlegges fordi det isolert sett ikke finnes tilstrekkelig bevis. Men når politiet i ettertid ser og analyserer sakene samlet, avdekker man nye sammenhenger. Eksempler her er blant annet den såkalte Lommemann-saken og Kopseng-sakene. En kan også lett se for seg tilsvarende situasjon ved mobile vinningskriminelle, barneran, mv.

I slike situasjoner kan det ofte oppstå behov for å ransake, ta beslag eller beslutte heftelse ved en rettslig begjæring mot mistenkte. Etter utkastets forslag vil denne adgangen være avskåret, med mindre man har nok bevis “til at straffeskyld anses bevist”. At man i slike situasjoner ikke skal kunne innhente bevis før man har nok bevis til tiltale, fremstår noe underlig.

5.2.4 § 29-7. Endring av tiltalen. Frafall

Hva gjelder første ledd, viser vi til våre kommentarer til utkastets § 32-3 første ledd første til tredje punktum.

Utkastets annet ledd innebærer at påtalemyndighetens mulighet til å påstå frifinnelse avskaffes.

Påtalemyndigheten har i dag mulighet til å nyansere påstanden, og er ikke nødt til å låse seg til to absolutte alternativer. Dersom påtalemyndigheten ikke har mulighet til å påstå frifinnelse, kan man se for seg en risiko for dristige påstander om domfellelse eller – for sikre og for forsiktige – beslutninger om frafall.

Risikoen for feilaktige påstander vil særlig være til stede for uerfarne aktorer. Domstolen vil naturligvis frifinne ved en uholdbar påstand om domfellelse, men domstolen er uten myndighet dersom en uerfaren aktor feilaktig trekker saken.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør påtalemyndigheten fremdeles ha mulighet til å nedlegge påstand om frifinnelse.

5.2.5 § 29-8. Omgjøring av straffetilsagn

Se kommentaren til § 28-7.

5.2.6 § 29-9. Klage over påtalevedtak

Klagefristene bør skille mellom de som har fått underretning, og de som ikke har fått underretning. Det synes å være en forutsetning i andre ledd første punktum at mistenkte alltid får underretning, noe en ikke alltid kan legge til grunn, jf. utkastet § 28-9.

Bestemmelsen i andre punktum bør endres til “For andre utløper fristen ...”. Begrepet “enn mistenkte” bør ut.

Slik regelen er utformet, synes det som at en mistenkt – som ikke har fått underretning – men som likevel får vite om henleggelsen, vil ha en ubegrenset klagefrist.

6 DEL 6. GENERELLE REGLER OM RETTENS SAKSBEHANDLING OG AVGJØRELSER

6.1 Kapittel 30. Saksstyring og veiledning. Virkning av at sak er reist. Forening og oppdeling av straffesaker

6.1.1 Generelt om saksstyring m.m.

Oslo statsadvokatembeter deler Straffeprosessutvalgets syn om at det er ønskelig å oppnå en domstolsbehandling som konsentreres om sakens sentrale og omtvistede spørsmål. Dommernes styring er avgjørende for å oppnå dette. Som utvalget påpeker i pkt. 17.13, avhenger ikke muligheten for dommerstyrt saksbehandling bare av rettsregler. Vel så viktig er kulturelle forhold og ikke minst dommerne evne og vilje til å fatte beslutninger. Muligheten for at hovedforhandlingen og dommen oppheves av ankeinstansen, bidrar til at mange dommere er tilbakeholdne med å begrense bevisførselen. Det er dessuten vårt inntrykk at en del dommere mangler faglig trygghet i praktisk prosessledelse i straffesaker og av den grunn avstår fra den nødvendige styringen i rettsmøter.

Hjemlene for en god styring både på forberedelsesstadiet og under rettsmøtene finnes allerede i den gjeldende straffeprosessloven. Vi viser til våre kommentarer til de paragrafene i lovutkastet som gjelder saksforberedelsen, hvor vi påpeker at saksforberedende møter er et egnet forum for avklaringer.

Generelt mener vi Straffeprosessutvalget overvurderer rettsreglenes betydning for å sikre en effektiv saksbehandling. De foreslåtte reglene om saksforberedelsen – basert på tvistelovens regler – vil bli svært ressurskrevende og vil alt i alt ikke sikre en mer effektiv behandling av straffesakene; snarere tvert imot. Vi viser til våre kommentarer til utkastets kapittel 34.

Utvalget fremholder i pkt. 17.2 at det ville være en fordel om adgangen til å dele opp forhandlingene ble benyttet i noe større utstrekning. Det er riktig at adgangen benyttes relativt sjelden, men Oslo statsadvokatembeter mener det er hensiktsmessig for å unngå en unødig oppstykkning av behandlingen. En slik oppstykkning vil kunne motvirke målet om å sørge for at prosessen er konsentrert og hurtig, jf. utvalgets sammenfattende krav til en god prosessordning i utredningens pkt. 5.5.

6.1.2 § 30-3. og § 30-4. Deling av saker

Det er påtalemyndigheten som legger rammene for saken. Dette følger av anklageprinsippet. Retten bør ikke ha anledning til å tilskjære saken for å lette sin egen behandling. Det bør derfor også etter den nye straffeprosessloven være påtalemyndighetens oppgave å bestemme med endelig virkning hvordan et sakskompleks med flere tiltalte skal legges frem for domstolene. Domstolene vil gjennom saksforberedende møter naturligvis kunne komme med forslag om en deling av saken. Anklageprinsippet tilsier imidlertid at den endelige avgjørelse treffes av påtalemyndigheten. Domstolenes ansvar er å avvikle hovedforhandlingen, mens det er påtalemyndigheten som må ha kompetansen til i utgangspunktet å bestemme hva som skal presenteres for domstolene.

6.2 Kapittel 31. Rettsmøter

Ingen bemerkninger.

6.3 Kapittel 32. Rettens avgjørelser

6.3.1 § 32-3. Rettens forhold til partenes krav og påstander mv.

I § 32-3 første ledd tredje setning har et flertall i utvalget foreslått en begrensning i rettens mulighet til å gå utenfor tiltalebeslutningen i form av subsumsjonsendring. Slik Oslo statsadvokatembeter oppfatter forslaget, innebærer det at det innføres en vetorett for møtende aktor og at domstolenes adgang, hvis vetoretten benyttes, kan bli nødt til å avsi dommer som domstolen anser som materielt sett uriktige, blant annet ved at det blir avsagt uriktig frifinnende dommer. Dette vil kunne virke støtende for fornærmede og svekke folks tillit til rettsapparatet.

Oslo statsadvokatembeter støtter mindretallets standpunkt. Etter vår oppfatning innebærer flertallets forslag at man strekker anklageprinsippet for langt. En aktor vil ikke nødvendigvis treffe en riktig avgjørelse under hovedforhandlingen hva gjelder subsumsjonen. Som i dag bør retten også i fremtiden ha kompetansen til i ro og mak under arbeidet med domsskrivingen å ta stilling til subsumsjonen etter at subsumsjonsspørsmålet har vært tema under rettsforhandlingene.

Vi vil også påpeke at flertallets forslag innebærer en begrensning i rettens kompetanse hva gjelder lovanvendelsen som går lenger enn hva som er tilfelle i sivile saker, jf. tvisteloven § 11-3, som fastslår at retten "innen de rammer som følger av § 11-2 første ledd av eget tiltak [skal] anvende gjeldende rettsregler". Det synes vanskelig å forstå hvorfor flertallet foreslår en snevrere adgang for domstolene til å anvende riktig juss i straffesaker enn hva som gjelder i sivile saker.

6.3.2 § 32-4. Det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelser – herunder tilgangen til sakens opplysninger

Under drøftelsen av rettens tilgang til og bruk av sakens dokumenter i utredningens pkt. 17.4 nevnes Høyesteretts kjennelse av 18. mars 2016 (HR-2016-612-U), hvor det konkluderes med at det ikke er i strid med loven eller det overordnede prinsipp om rettferdig rettergang at dommere har tilgang til dokumenter som ikke har vært ført som bevis i retten. Oslo statsadvokatembeter finner grunn til å påpeke at det forhold at det ikke var begått noen saksbehandlingsfeil i saken som ble prøvet for Høyesterett, ikke kan tas til inntekt for at tilgang til alle sakens dokumenter er det ideelle og dermed noe som bør tilstrebes som en normalordning. I Straffeprosessutvalget var det dissens om hva som bør gjøres til hovedregel, og synspunkter for og mot en adgang for dommerne til å se alle sakens dokumenter er grundig drøftet. Vi kan imidlertid ikke se at utvalgets flertall – som går inn for at retten skal ha tilgang til alle sakens dokumenter/opplysninger – påpeker hvilke fordeler en slik ordning har på hovedforhandlingsstadiet. Skal reglene på dette punkt endres, bør det identifiseres et behov for en nyordning. Et slikt behov er – så vidt vi kan se – ikke nevnt i utredningen annet i forbindelse med muligheten til å gjennomføre en effektiv saksforberedelse.

Utvalgets forslag om at påtalemyndigheten sammen med tiltalebeslutningen og bevisoppgraden skal sendes retten et "utdrag av sakens opplysninger av betydning for

bevisføringen", jf. § 34-1, synes for øvrig ikke å være drøftet i lys av flertallets syn om at retten skal ha tilgang til *alle* sakens opplysninger.

Oslo statsadvokatembeter mener – som utvalgets mindretall – at gjeldende rett for så vidt gjelder rettens tilgang til saksdokumentene i det vesentlige bør videreføres. Vi er imidlertid uenige med mindretallet når det gjelder rettens adgang til politiforklaringer og sakkyndige erklæringer som mer eller mindre i sin helhet dokumenteres ved opplesning. Det vil være tidsbesparende, og også øke graden av presisjon hva gjelder gjengivelsen av faktum, om retten slipper å gjøre notater fra slike opplesninger og i stedet får tilgang til forklaringene og erklæringerne. Eventuelle lydopptak fra rettsmøtet, hvor også opplesningen er tatt opp på lyd, vil ikke kunne erstatte tilgang til dokumentet ettersom dommerne i praksis neppe vil kunne ta seg tid til å foreta avspilling av opptakene.

Utvalgets flertall har heller ikke tatt tilstrekkelig hensyn til hvordan ordningen med meddommere fungerer i praksis. Som mindretallet påpeker, vil det være meget uheldig om meddommerne kort tid ført hovedforhandlingen gis innsyn i for eksempel politiforklaringene. Slik vi ser det, vil et slikt gjennomsyn av dokumenter av ikke-profesjonelle aktører lett kunne lede til at konsentrasjonen om det som er avgjørende i saken, blir svekket. Som kjent inneholder mange avhør en rekke opplysninger som kan være av betydning på etterforskningsstadiet, men som senere viser seg ikke å ha bevismessig betydning.

Rettens tilgang til saksdokumentene/saksopplysningene er regulert i flere av utkastets bestemmelser. Reglene kan, som det er redegjort for i utredningen, være ulike på de forskjellige stadiene av straffesaksbehandlingen. Utvalgets mindretall foreslår i pkt. 17.4.2 følgende ordlyd i § 34-8: "Retten skal gis tilgang til sakens opplysninger når den finner behov for det av hensyn til saksforberedelsen." Alternativet "av hensyn til [...] den videre behandlingen" vil da utelates, hvilket vil markere at grunnlaget for rettens avgjørelser vil være det som fremkommer i behandlingen i rettsmøtet. Dette prinsippet er slått fast i annet ledd i § 32-4, men kan synes å stå i motstrid med den generelle uttalelsen i samme paragrafs første ledd, hvor det heter at "Rettens avgjørelser treffes på grunnlag av sakens opplysninger", uten å begrense det til hva som er fremkommet i retten og som således har vært gjenstand for kontradiksjon.

Den foreslåtte begrensning i § 32-4 med hensyn til hva en silingsavgjørelse skal bygge på, er ny i forhold til gjeldende rett. Selv om det ikke fremkommer av straffeprosessloven, er det i praksis slik at ved vurderingen av om en anke skal slippes gjennom eller ikke, kan det bygges på opplysninger hentet fra saksdokumentene selv om opplysningene ikke fremkommer i den påankede dom. Vi har i utgangspunktet forståelse for Straffeprosessutvalget oppfatning om at det å se hen til andre opplysninger enn det som fremkommer av dommen, harmonerer dårlig med prinsippet om at ankeinstansen oppgave er å overprøve underinstansens avgjørelse. Men dersom vesentlige opplysninger som har vært gjenstand for bevisførsel, er utelatt fra dommen, må det etter vår oppfatning være mulig å påberope seg disse i en anke og slike opplysninger må kunne vektlegges i ankesilingen. Lydopptak fra hovedforhandlingen antas imidlertid i fremtiden å gjøre en slik begrensning som utvalget foreslår, mindre aktuell.

Oslo statsadvokatembeter går uansett imot den foreslåtte asymmetri som skal gjelde i forholdet tiltalte på den ene side og påtalemyndigheten/fornærmede på den andre. Utvalget gir ingen begrunnelse for at silingsavgjørelser av anker til ugunst for domfelte skal ha et snevrere beslutningsgrunnlag.

Den foreslåtte begrensning vil dessuten være svært urimelig i tilfeller hvor det gjøres ytterligere etterforskning mellom førstegangsbehandlingen og behandlingen i ankeinstansen.

6.3.3 § 32-5. Bevisførsel om rettsspørsmål

Bestemmelsen er en nyskapning i straffeprosessuell sammenheng, og utredningen sier intet om behovet for en slik bestemmelse. For Oslo statsadvokatembeter fremstår det som åpenbart at det svært sjelden vil komme på tale å føre bevis for rettsregler. I praksis kan det tenkes behov for å føre bevis om fremmed rett for eksempel for å ta stilling til om et forhold er straffbart i et annet land, jf. straffeloven § 5. Skal bestemmelsen tas med i en ny straffeprosesslov, må det i proposisjonen fremgå at bevisføring om rettsspørsmål bare skal skje unntaksvis, jf. de spesielle motiver til tvisteloven § 11-3. Trolig er det enda mindre behov for slik bevisførsel i straffesaker enn i sivile saker.

6.3.4 § 32-13. Krav om inndragning etter rettskraftig dom

Bestemmelsen viderefører dagens straffeprosesslov § 51 annet ledd, som ble tilføyd ved straffeloven av 2005. Bestemmelsen innebærer at dersom påtalemyndigheten vil fremme nytt eller etterfølgende krav om inndragning mot domfelte, så kreves et varsel om dette forut for hovedforhandlingen domsavsigelsen i sak 1. I tillegg innebærer regelen at skyldspørsmålet i sak 1, skal ha positiv rettskraftvirkning i sak 2.

Bestemmelsen var ikke behandlet av Straffelovkommisjonen og den ble foreslått av departementet uten å ha vært på høring. Bestemmelsen ble vedtatt 20. mai 2015 i forbindelse med vedtakelsen av straffeloven (2005).

Oslo statsadvokatembeter kritiserte bestemmelsen i høringen til straffelovens ikrafttreddelseslov, jf. utredningen i punkt 17.8.2.7. Kritikken opprettholdes, og utdypes i det følgende.

Dersom påtalemyndigheten vet at det kommer et etterfølgende inndragningskrav, bør man selvfølgelig varsle tiltalte om dette. Det er imidlertid flere situasjoner hvor det er viktig å ha adgang til å rette et etterfølgende inndragningskrav mot domfelte, uten et vilkår om at domfelte var varslet før sak nummer 1.

Dette er særlig aktuelt ved tilfang av nye opplysninger. Dersom den opprinnelige saken ikke foranlediget et inndragningskrav, og påtalemyndigheten etter rettskrafttidspunktet får nye opplysninger, kan inndragningsspørsmålet oppstå.

For eksempel kan det som fremsto som en ordinær drapssak, vise seg i ettertid å være et bestillingsdrap der drapsmannen fikk betalt for å begå drapet. Det vil uten tvil bli svært støtende om drapsmannen skal få beholde utbyttet fra drapshandlingen, og skal kunne – med loven i hånd – få bruke utbyttet som om det var legalt opptjente midler. En kan også tenke seg at påtalemyndigheten senere får bevis for at vederlaget for drapshandlingen er større enn det man la til grunn under den opprinnelige hovedforhandlingen. Tilsvarende problemstilling får man blant annet ved inndragning av utbytte fra salg av narkotika, der utbyttet senere viser seg å være mye større enn det som ble lagt til grunn i sak 1.

I ovennevnte tilfeller må man gå veien om omgjøring til ugunst for å inndra resten, jf. utkastet kapittel 41.

Kriminalitet skal ikke lønne seg. Loven bør ha mekanismer som sørger for at samfunnet kan konfiskere utbyttet selv om gjerningsmannen har fått straff for forholdet. Med dagens lov virker den idømte straffen som en beskyttelse av den kriminelle formuen.

Etter det en forstår er det risikoen for krenkelse av dobbeltforfølgningsvernet i EMK P 7-4 som er årsaken til dagens system. Det er antatt at utvidet inndragning er “criminal charge”, jf. straffeloven § 68. I tillegg er det antatt at bruttoinndragningsinstituttet i straffeloven § 67 kan være “criminal charge”.

Etter Oslo statsadvokatembeters syn er det ikke behov for utvidet inndragning i sak nummer 2, jf. straffeloven § 68. Det kan man således avgrense fra.

Det er vår oppfatning at bruttoinndragning ikke vil anses som “criminal charge” dersom inndragningsobjektet er knyttet til varer med illegal verdi, f.eks. salg av narkotika. I tilfeller der inndragningsobjektet er knyttet til varer med legal verdi, er det imidlertid en presumsjon for reduksjon (“fradrag”) ved anvendelse av lempningsregelen i straffeloven § 67 første ledd siste punktum, jf. Rt. 2015 s. 184 avsnitt 26: “Jeg forstår dette slik at når utgiftene gjelder anskaffelse av gjenstander med en lovlig omsetningsverdi, er det – på bakgrunn av tidligere praksis – nærliggende å anse det for «klart urimelig» å nekte fradrag, men at det likevel er større rom enn tidligere for å se helt eller delvis bort fra utgiftene også i slike tilfelle.”

Det innebærer at det ikke lengre er noe bruttosystem i legalervervtilfellene. Dette delvise nettosystemet må også hensyntas ved ny/etterfølgende inndragning og vil redusere sannsynligheten for konvensjonsbrudd. I tillegg må domstolen som behandler sak nummer 2, anvende EMK P 7-4 konkret i den foreliggende saken, og således justere reaksjonen slik at konvensjonsbrudd ikke oppstår.

Oslo statsadvokatembeter mener det bør være adgang til å fremme inndragningssak, eventuelt fremme ny inndragningssak etter rettskraft av sak 1, med mindre sak 2 gjelder utvidet inndragning, jf. straffeloven § 68. Dersom sak 2 ikke ble varslet om forut for domsavsigelsen i sak 1, vil ikke sak 1 ha positiv rettskraftvirkning i sak 2.

Ny inndragning kan også være aktuelt i medhold av straffeloven § 69. For eksempel dersom påtalemyndigheten, etter rettskraft i sak 1, får vite hva som var drapsvåpenet, eller greier å spore opp drapsvåpenet. Det vil da være aktuelt i inndra dette. Slike tilfeller vil neppe bli ansett som “criminal charge”, men som over så må domstolen anvende EMK P 7-4 konkret på forholdet.

6.4 Kapittel 33. Fravær fra rettsmøter. Fraværsavgjørelse mv.

Ingen bemerkninger.

7.1 Generelt om saksforberedelsen

I overensstemmelse med mandat har utvalget vurdert om forberedelsen og gjennomføringen av forhandlingene i større grad bør legges opp etter sivilrettslig mønster. Etter Oslo statsadvokatembeters syn går utvalget for langt i å foreslå behandlingsformer etter mønster av tvisteloven. Dette gjelder særlig når det foreslås omfattende skriftlig saksforberedelse gjennom utveksling av prosesskriv mellom straffesakens parter. Den foreslåtte aktive dommerstyring på saksforberedelsesstadiet harmonerer dårlig med utvalgets vektlegging av anklageprinsippet, og vil rokke ved den etablerte makt- og rollefordeling som anses som viktig i vår straffeprosess.

Utvalget går inn for å ha generelle regler om saksforberedelse; ikke todeling, jf. reglene om småkravsprosess i tvisteloven. Oslo statsadvokatembeter deler dette standpunktet.

Innledningsvis i utredningens kapittel 18 (side 413 annen spalte) presiseres det at hvorvidt det er hensiktsmessig med avklaringer og planlegging forut for hoved- og ankeforhandlingene, vil bero blant annet på om det samlet sett vil føre til ressursbesparelser. Oslo statsadvokatembeter er ikke overbevist om at utvalgets forslag vil medføre ressursbesparelser for hele straffesaksjeden. Flere deler av lovforslaget vil innebære en svært omstendelig forberedende behandling som i de fleste saker vil innebære mye unødig arbeid og som vil bli svært arbeidsbelastende for påtalemyndigheten. Forsvarere, som får betalt av det offentlige for sitt arbeid, vil også måtte nedlegge betydelig mer arbeid under saksforberedelsen uten at vi ved Oslo statsadvokatembeter ser at dette i de fleste saker vil ha noen merkbar betydning for effektiviteten. Tvert om vil lovforslaget bidra til en økt byråkratisering av arbeidet, noe som vil gå ut over effektiviteten i strafferettspleien.

Oslo statsadvokatembeter vil også fremholde at påtalemyndighetens objektivitetsplikt innebærer at behovet for aktiv dommerstyring er vesentlig mindre i straffesaker enn i sivile saker. Det er også et vesentlig moment at forhåndsavklaringer med partene om gjennomføring av saken ikke kan få samme virkning som i sivile saker, hvor partene har full rådighet. Med god grunn foreslår ikke utvalget regler om prosessuell preklusjon i straffesaker.

Vi synes også det er grunn til å påpeke at i praksis er den saksforberedende dommer ikke nødvendigvis den som skal administrere forhandlingene i retten. Også aktorene og forsvarerne blir ofte byttet i tiden før hovedforhandlingen. Disse hyppig forekommende skiftene av sentrale personer på saksforberedelsesstadiet gjør at verdien av avgjørelser før saken står for retten, avtar kraftig. Skulle man unngå slike skifter, må domstolene og påtalemyndigheten tilføres betydelig mer ressurser. Bytte av forsvarer er det vanskelig å gardere seg mot som følge av det frie forsvarervalg.

7.2 Kapittel 34. Forberedelse til hovedforhandling

7.2.1 § 34-1. Påtalemyndighetens oversendelse til retten

Bevisoppgavens innhold § 34-1 første ledd

I utkastets § 34-1 første ledd bokstav b) heter det at påtalemyndigheten skal sende retten en bevisoppgave "med opplysninger som angitt i § 7-2 annet ledd". Om det er obligatorisk å gi alle opplysningene som det er vist til i § 7-2 annet ledd, fremstår som uklart, jf. første punktum i § 7-2 annet ledd, hvor det heter at "[p]artene skal, når det er bestemt i denne lov, retten ber om det, eller det er grunn til det, gi retten" opplysninger som er opplistet i paragrafen. Mye kan tyde på at Straffeprosesslovutvalget mener at påtalemyndigheten rutinemessig skal gi omfattende informasjon i bevisoppgaven, jf. formuleringen "bestemt i denne lov" sammenholdt med § 34-1 første ledd bokstav b), samt de spesielle motiver til § 7-2 inntatt på side 570 i utredningen.

Forslaget innebærer en betydelig utvidelse av hva bevisoppgavene skal inneholde av informasjon. Etter Oslo statsadvokatembeters mening vil det bære for langt av sted å kreve at det skal gis en begrunnelse for hva det enkelte bevis skal godtgjøre, og i tillegg komme med en mer eller mindre grundig analyse av det som i utkastet heter "opplysninger av betydning for vurdering av beviset". Etter vårt syn hører den slags vurderinger hjemme i prosedyren og ikke i en bevisoppgave. Det må forutsettes at påtalemyndigheten på saksforberedelsesstadiet er i stand til å foreta en fornuftig vurdering av hva som skal føres av bevis, uten at det skal kreves en nærmere skriftlig begrunnelse. Lovutkastet vil på dette punkt føre til en arbeidsmessig merbelastning for påtalemyndigheten som vil vidløftiggjøre straffesaksbehandlingen og bidra til redusere effektiviteten i strafferettspleien. Det man eventuelt vil spare av tid under hoved- og ankeforhandlinger, vil ikke stå i forhold til det merarbeidet som må gjøres på saksforberedelsesstadiet.

Dagens bevisoppgaver, hvor det i større saker fra påtalemyndighetens side ofte angis hvilken post i tiltalen de enkelte bevis knytter seg til, vil normalt være tilstrekkelig. Dokumentbevis som påberopes, angis med dokumentnummer og dét vil da være tilstrekkelig for partene – og domstolen dersom den skal få tilgang til sakens opplysninger på dette stadiet – å forstå hvorfor beviset vil bli ført. Bevisoppgavenes detaljeringsnivå varierer riktig nok en del i dag. Det anses som god påtaleskikk å gi noe tilleggsinformasjon i det såkalte merknadsfeltet i bevisoppgaven, i tilfeller der tilleggsopplysningene kan bidra til å kaste lys over forhold av betydning. Oslo statsadvokatembeter ser det imidlertid ikke som nødvendig å lovfeste nærmere krav om innholdet i bevisoppgavene.

I påtalemyndigheten opplever vi ganske ofte at forsvarers bevisoppgaver er mangelfulle i den forstand at det bare angis et personnavn – til og med noen ganger uten angivelse av adresse. Muligens det i den nye straffeprosessloven bør fremkomme et krav om at supplerende bevisoppgaver må angi kort hva som ønskes belyst hvis det påberopes vitner som ikke er avhørt av politiet, jf. utkastets § 34-4 om forsvarers tilsvær. Av hensyn til planleggingen av fremdriften i rettsmøtet og innstevningen av vitnene bør forsvarerne også pålegges å angi hvor mye tid som bør settes av til avhør av hvert vitne. For dokumentbevisenes del vil det normalt fremkomme av dokumentet hva bevisverdien vil være og noen nærmere informasjon er derfor ikke nødvendig.

Oversendelse av "utdrag" – § 34-1 første ledd

Utkastets § 34-1 første ledd bokstav c) pålegger påtalemyndigheten å sende "utdrag av sakens opplysninger av betydning for bevisføringen" til domstolen samtidig med tiltalebeslutningen og bevisoppgaven.

Hva retten skal ha tilgang til av sakens opplysninger, er drøftet utredningens pkt. 17.4. Et flertall i Straffeprosessutvalget går inn for at retten skal gis tilgang til sakens opplysninger når den finner behov for det av hensyn til saksforberedelsen eller den videre behandling av saken, jf. utkastets § 34-8. Paragraf 34-1 angir imidlertid hva påtalemyndigheten rutinemessig skal oversende til retten. Utkastets formulering "utdrag av sakens opplysninger av betydning for bevisføringen" gir liten veiledning om hva som tenkes av innhold. I de spesielle motiver er det spesifisert til "bevis som skal fremlegges for retten, herunder politiforklaringer det kan være aktuelt å gjengi under hovedforhandlingen". Videre heter det "Ellers vedlegges sakens opplysninger i den utstrekning det er behov for det". Heller ikke denne formuleringen gir noen klar avgrensning på hva som skal tas med i det nevnte utdraget.

Oslo statsadvokatembeter ser for seg at påtalemyndighetens utvelgelse av dokumenter ofte vil bli bestridt av forsvarer, noe som lett vil medføre en unødig prosess på saksforberedelsesstadiet. En slik prosess vil stjele mye tid og bringe aktors oppmerksomhet bort fra det som det er grunn til å fokusere på. Det kan virke som flertallet i Straffeprosessutvalget ser bort fra den effektivitetsdempende effekt slike prosesser vil ha på straffesaksbehandlingen. Den tilsynelatende manglende forståelsen for hvordan dette vil slå ut i praksis, kommer særlig til syne i utredningens vurderinger i pkt. 17.4.2 (side 390 annen spalte) hvor det heter at "Flertallet har vanskelig for å forstå annet enn at partene i alminnelighet vil påpeke feil og unøyaktigheter i det relevante bevismaterialet, også for så vidt gjelder politiforklaringer". I praksis opplever vi at detaljer i politiforklaringer allerede i dag vies alt for stor oppmerksomhet. Ofte gjøres det av forsvarere for å trekke fokus bort fra det som er vesentlig i saken, noe som i og for seg er helt legitimt tatt i betraktning forsvarernes oppgave. Det er som kjent påtalemyndigheten som har bevisbyrden. Forsvarernes rolle er en helt annen. Oslo statsadvokatembeter er bekymret for at dersom politiforklaringer gjøres tilgjengelige for dommerne, vil faren for at retten vil fortape seg i uvesentlige detaljer bli betraktelig større. Dette vil føre til tidkrevende avklaringer og diskusjoner, og – ikke minst – at retten ikke vil konsentrere seg om de vesentlige delene av politiforklaringene. Dagens ordning, hvor retten ikke har tilgang til politiforklaringene, gir en større mulighet for at bevisførselen konsentreres om det som er relevant. Et viktig moment i denne forbindelse, som ikke synes å være drøftet av utvalget, er at politiforklaringene blir til under etterforskningen og av den grunn nødvendigvis vil inneholde en god del informasjon som senere viser seg å være irrelevant for det retten skal ta stilling til.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning tar utvalget flertall dessuten for lett på den ubalanse som vil oppstå mellom rettens medlemmer dersom fagdommerne gis en mulighet til å gjøre seg kjent med opplysninger som lekdommerne ikke har. Synspunktet til utvalgets flertall om at meddommerne kan gjøres kjent med opplysninger før rettsmøtet, er nok basert på en manglende innsikt i hvordan ordningen med meddommere fungerer i praksis.

I utredningens kapittel 29.2. behandles straffeprosesslovens forhold til annet regelverk. Som påpekt i utredningen vil en ny straffeprosesslov kreve omfattende endringer av mer teknisk karakter i en rekke andre lover. En lov som ikke er omtalt i utredningen, men som det hadde vært naturlig å nevne i tilknytning til forslaget om å lage utdrag som en del av saksforberedelsen, er rettsutdragsloven av 14. august 1918. Loven gjelder i utgangspunktet for

behandling av saker i Høyesterett, men er gitt anvendelse iht. § 10 også for anke til lagmannsretten i straffesak når retten ikke skal prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Uansett hva som vedtas i en ny straffeprosesslov, bør rettsutdragsloven revideres eller dens bestemmelser tas inn i den nye straffeprosessloven.

Behandlingsmåten – § 34-1 første ledd

Iflg. utkastets § 34-1 første ledd bokstav d) skal påtalemyndigheten komme med "forslag til hvordan saken bør behandles". Av de spesielle motivene fremgår det ikke hva som menes med dette. Oslo statsadvokatembeter legger til grunn at dette punktet gjelder valget mellom ordinær hovedforhandling og forenklet behandling, jf. utkastets kapittel 36 og eventuell ankebehandling uten muntlig ankeforhandling, jf. utkastets § 39-2. Spørsmålet om retten skal settes med fagkyndige meddommere, og eventuelt som en forsterket rett, antas også å være aktuelt å nevne. En presisering i lovforarbeidene på dette punkt er nødvendig.

Skriftlig redegjørelse av eget tiltak – § 34-1 annet ledd

I § 34-1 annet ledd foreslås det at påtalemyndigheten av eget tiltak på nærmere angitte vilkår skal utarbeide en skriftlig redegjørelse for saken. Slik bestemmelsen er formulert, må det være opp til påtalemyndigheten å avgjøre om vilkårene er til stede.

Oslo statsadvokatembeter kan imidlertid vanskelig se for seg at vilkårene slik de er foreslått, vil være til stede i særlig mange saker. Tiltalebeslutningen, sammenholdt med bevisoppgaven, vil i så å si alle saker være et tilstrekkelig grunnlag for å forberede den tiltaltes forsvar. Når en sak er av et slikt omfang og vanskelighetsgrad at det er behov for en del avklaringer før hovedforhandlingen, kan påtalemyndigheten gi en kort redegjørelse for problemene i brevet der det anmodes om berømmelse og be om at det holdes saksforberedende møte.

Ettersom det unntaksvis kan tenkes tilfeller hvor påtalemyndigheten mener at tiltalebeslutning og bevisoppgaven bør ledsages av en skriftlig redegjørelse, bør skriftlige redegjørelser som lages på initiativ av påtalemyndigheten nevnes i loven, men da i tilknytning til den foreslåtte § 34-10.

7.2.2 § 34-2. Berømmelse av fristsaker

I utkastets § 34-2 tredje ledd foreslås det at dersom tiltalte er varetektsfengslet eller er under 20 år, skal hovedforhandlingen så vidt mulig være påbegynt innen 6 uker. Dette er en videreføring av dagens straffeprosesslov § 275 annet ledd, dog med den endring at man går bort fra å la tiltaltes alder på gjerningstidspunktet være bestemmende, jf. formuleringen i § 275 "var under 18 år da lovbruddet ble begått". Den nåværende bestemmelsen gir blant annet det merkelige utslag at saker som kommer opp mange år etter at lovbruddet er begått, kan bli behandlet som såkalte "fristsaker" bare fordi gjerningspersonen var under 18 år da ugjerningen ble begått. Oslo statsadvokatembeter slutter seg til endringen idet tiltaltes aktuelle alder er mer relevant enn alderen på gjerningstidspunktet.

Vi slutter oss også til vurderingene i utredningens pkt. 18.1.10 hvor det konkluderes med at det ikke skal innføres flere frister og ikke innføres en plikt for retten til å forhåndsberamme hoved- og ankeforhandlinger. Forhåndsberømmelser bør, som nå, bare kunne skje etter anmodning fra påtalemyndigheten.

7.2.3 § 34-4. Forsvarers tilsva

Oslo statsadvokatembeter støtter forslaget om at forsvarer innen tre uker skal avgi et skriftlig tilsva. I større saker kan imidlertid en frist på tre uker bli for kort og loven bør derfor åpne for at det kan fastsettes en annen frist. Der er fornuftig at det i bestemmelsen er tatt med en mulighet for retten til å bestemme at tilsva kan unnlates. I svært mange saker vil et tilsva trolig ikke ha noen betydning. Uansett vil en tilsvafrist ikke kunne ha preklusiv virkning i den forstand at bevis som påberopes senere ikke vil bli tillatt ført. Men alt i alt vil innføring av en tilsvafrist trolig føre til at forsvareren blir nødt til å starte arbeidet med saken noe tidligere enn i dag, og man vil kanskje i større grad unngå at nye vitner påberopes tett opp til hovedforhandlingen.

7.2.4 § 34-7. Saksstyring. Videre saksforberedelse ved behov

Domstolene har i dag en mulighet til å gripe styrende inn under saksforberedelsen ved å benytte hjemmelen i strpl. § 272 til å holde rettsmøter. I større saker er dette en naturlig del av saksforberedelsen, og et initiativ til et slikt møte kan komme fra partene. I tillegg til slik formalisert kontakt foregår det ofte nødvendige avklaringer før rettsmøtet gjennom uformell kontakt mellom retten og aktørene og direkte mellom aktørene.

Straffeprosesslovutvalget foreslår at retten skal ha en forpliktelse til å gå mer aktivt inn i saksforberedelsen i alle sakstyper ved at retten, i henhold til utkastets § 34-7 første ledd, legger en plan for den videre behandling blant annet ved å sette frister for innlegg fra partene. Forslaget innebærer – slik Oslo statsadvokatembeter ser det – i realiteten en ansvarsoverføring fra påtalemyndigheten til domstolene. Av flere årsaker er det grunn til å stille spørsmål ved om en slik endring er nødvendig og ønskelig. Planen for gjennomføringen av en hovedforhandling legges i dag i de aller fleste saker av påtalemyndigheten alene ved utferdigelsen av bevisoppgaven med angivelse av tidspunkter for når vitnene skal innkalles. I de langt fleste straffesaker fungerer en slik ordning helt uten problemer. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om forslaget om å tillegge domstolene en obligatorisk rolle som planlegger av saksavviklingen i det hele tatt er nødvendig. Derne er det slik at det er påtalemyndigheten som gjennom arbeidet med påtaleavgjørelsen og skriving av bevisoppgaven, har de beste forutsetninger for å treffe de nødvendige avgjørelser om bevisføringen. Også det forhold at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden, tilsier at det er påtalemyndigheten, og ikke domstolen, som må ha hovedansvaret for å planlegge gjennomføringen av rettssaken. Noe annet er at retten, når rett er satt, har både rett og plikt til å administrere forhandlingene, og derigjennom om nødvendig gjøre om på påtalemyndighetens opplegg for bevisføringen.

Det synes forutsatt at retten under saksforberedelsen skal ta stilling til hva som skal føres av bevis. Rettens avgjørelser på dette stadiet kan imidlertid ikke være bindende. Det vil normalt være først under selve hoved- eller ankeforhandlingen at retten og partene har det tilstrekkelige bildet for å kunne ta stilling til bevisavskjæringsspørsmål. For domstolene vil det således være uklok bruk av tid og ressurser å legge ned arbeid under saksforberedelsen med å ta et foreløpig standpunkt til bevisførselen.

Forslaget om utveksling av prosesskriv etter at tilsvaret er inngitt, slik det praktiseres i saker som behandles etter tvisteloven, mener vi ikke dekker noen praktiske behov. Det vil medføre en økt byråkratisering av arbeidet med straffesaker som vil gå utover kvaliteten på arbeidet med andre saker og alt i alt ikke gi noen effektivitetsgevinst. Dersom departementet mener det er grunn til å ta til følge utvalgets forslag på dette punkt, må det ledsages av økte bevilgninger til både påtalemyndigheten, forsvarerne og ikke minst domstolene.

7.2.5 § 34-8. Rettens tilgang til sakens opplysninger

Bestemmelsen er en videreføring av strl. § 262 første ledd siste punktum. Bestemmelsen brukes i praksis svært sjelden. Slik den er formulert i gjeldende lov og i utkastet, kan retten få innsyn i sakens dokumenter både under saksforberedelsen og under gjennomføringen av hoved- eller ankeforhandlingen. Oslo statsadvokatembeter støtter mindretallet i Straffeprosessutvalget som vil begrense tilgangen til alle sakens dokumenter til å gjelde på saksforberedelsesstadiet, jf. mindretallets begrunnelse i pkt. 17.4.2 (side 391 i utredningen). § 34-8 bør derfor lyde som utvalgets mindretall har foreslått i pkt. 17.4.2: "Retten skal gis tilgang til sakens opplysninger når den finner behov for det av hensyn til saksforberedelsen." Alternativet "av hensyn til [...] den videre behandlingen" vil da utelates, hvilket vil markere at grunnlaget for rettens avgjørelser vil være det som fremkommer i behandlingen i rettsmøtet. Dette prinsippet er slått fast i annet ledd i § 32-4, men kan synes å stå i motstrid med den generelle uttalelsen i samme paragrafs første ledd hvor det heter at "Rettens avgjørelser treffes på grunnlag av sakens opplysninger".

Oslo statsadvokatembeter vil for øvrig påpeke at Straffeprosessutvalget ikke har drøftet rettens gjennomsyn av saksdokumentene i saker hvor tiltalte ikke har forsvarer, jf. strpl. § 267 annet ledd. Det er vår erfaring at det kan variere hvorvidt bestemmelsen følges i praksis. Vi antar at regelen bør videreføres i den nye loven, eventuelt at den endres slik at dokumentene ikke oversendes rutinemessig, men at det er opp til retten å be om å få oversendt saksdokumentene/sakens opplysninger.

Vi vil for øvrig påpeke at det er hensiktsmessig at retten skal få tilgang til de politiforklaringene som blir lest opp i retten, men da først i tilknytning til opplesningen. En slik adgang antar vi at mest hensiktsmessig kan inntas i den paragrafen som gjelder opplesning, jf. utkastets § 10-9.

7.2.6 § 34-9. Saksforberedende rettsmøte

Muligheten for å holde saksforberedende møter må, som foreslått, videreføres i den nye loven. Etter vår oppfatning er avholdelse av saksforberedende møter en mer egnet fremgangsmåte for å oppnå nødvendige avklaringer på saksforberedelsesstadiet enn de mer tungvinte virkemidlene som foreslås i lovutkastet. Vi støtter derfor forslaget til § 34-9.

7.2.7 § 34-10. Skriftlig redegjørelse

I henhold til gjeldende straffeprosesslov § 262 tredje ledd kan retten pålegge påtalemyndigheten å sende en skriftlig redegjørelse for saken innen en nærmere fastsatt frist. Bestemmelsen benyttes relativt sjelden i praksis, trolig fordi det svært sjelden er behov for noen slik redegjørelse. Loven fastsetter også at redegjørelse bare skal gis i "særlige tilfeller". Straffeprosessutvalget er av den mening at ordningen bør benyttes oftere, uten at utvalget påpeker at det i praksis har vist seg å være behov for en utvidet bruk av skriftlige redegjørelser fra påtalemyndigheten. Oslo statsadvokatembeter mener at det fortsatt bør fremgå av loven at slike redegjørelser bare skal gis unntaksvis, eller i "særlige tilfeller", som det står i dagens lov. Behovet for slike redegjørelser vil bli enda mindre dersom utvalgets forslag til andre tiltak under saksforberedelsen blir gjennomført.

I lovutkastet foreslås det at redegjørelsens "form og omfang bestemmes av retten". Etter vår mening har domstolen ikke forutsetninger for å kunne bestemme verken form eller omfang. Både form og omfang må bli bestemt av den tjenesteperson i påtalemyndigheten som skal

skrive redegjørelsen. Oslo statsadvokatembeter mener derfor at siste setning i bestemmelsens første ledd må utgå.

Som nevnt foran i kommentaren til § 34-1 annet ledd, mener vi at ordningen med skriftlig redegjørelser som gis av påtalemyndigheten av eget tiltak, med fordel heller kan nevnes i § 34-10.

7.2.8 § 34-11. Felles saksfremstilling

Uten at det fremgår av utkastets lovtekst, er en felles skriftlig saksfremstilling trolig ment bare å bli benyttet i store og kompliserte saker, jf. utredningen pkt. 18.1.8. Men i alle saker, og særlig i saker av en viss størrelsesorden, mener vi det vil være svært vanskelig å få skrevet en slik felles saksfremstilling. I dag byr det ofte på problemer bare å få laget et felles juridisk utdrag før en hoved- eller ankeforhandling. Dette er ikke situasjonen på grunn av manglende vilje, men rett og slett fordi aktor og forsvarer er opptatt med andre gjøremål. Å skulle enes om innholdet i en slik foreslått felles saksfremstilling, vil by på så store problemer at det ikke er noen grunn til å forsøke å innføre et slikt virkemiddel i den nye straffeprosessloven. Riktignok er det ikke foreslått at retten kan pålegge partene å komme med en slik felles saksfremstilling; retten skal bare komme med en "oppfordring". En oppfordring vil imidlertid bli et slag i luften tatt i betraktning dagens arbeidspress i påtalemyndigheten og hos forsvarerne. Etter vår oppfatning vil bruk av saksforberedende møter langt på vei ivareta intensjonen bak den foreslåtte felles saksfremstillingen. Også på dette punkt viser Straffeprosessutvalget en manglende innsikt i arbeidssituasjonen for aktørene i strafferettspleien.

7.2.9 § 34-12. Sluttinnlegg

Som allerede påpekt vil Oslo statsadvokatembeter advare mot endringer som vil innebære mye unødig arbeid, og arbeid som vil bli svært ressurskrevende for en allerede presset påtalemyndighet. Som nevnt vil muligens forsvarerne hilse velkommen mange av de forslagene som medfører mer arbeid for dem, ettersom de er betalt av staten. Den foreslåtte ordningen med sluttinnlegg vil trolig øke omkostningene som går med til behandling av straffesaker, uten at vi er i stand til å se noen effektivitetsgevinster. Som påpekt i vår kommentar til utkastets § 34-7 fungerer påtalemyndighetens bevisoppgave i realiteten som en fremdriftsplan for store deler av hoved- eller ankeforhandlingen. En nærmere skriftutveksling om blant annet fremdriftsplanen vil innebære en økt byråkratisering av arbeidet med straffesaker som vi vil advare mot. Alle de forhold som Straffeprosessutvalget mener at kan behandles i disse sluttinnleggene, jf. oppstillingen i lovutkastet, mener vi heller egner seg for avklaring i et saksforberedende møte, jf. utkastets § 34-9. Som påpekt foran, går Straffeprosessutvalget for langt i å foreslå regler etter mønster av tvisteloven. Et viktig poeng, som også nevnes i utredningen, er det forhold at det i straffeprosessen ikke er mulig å la saksforberedelsen ende med sluttinnlegg som skal ha preklusiv virkning for partenes adgang til å fremsette nye anførsler og bevis. Ordningen med skriftlige sluttinnlegg hører etter vår mening ikke hjemme i straffeprosessen.

7.3 Kapittel 35. Hovedforhandling

Oslo statsadvokatembeter deler Straffeprosessutvalgets understrekning av behovet for en aktiv saksstyring fra dommernes side under rettsforhandlingene. Som utvalget påpeker i pkt. 18.2.1 er årsakene til unødvendig tids- og ressursbruk sammensatte. Vi er også enige i at den nåværende straffeprosesslov gir nokså gode muligheter for saksstyring og at det utvalget kaller "prosesskulturen", er en viktig faktor. Det er et tankekors at mange dommere ikke benytter seg av de hjemler loven gir for å sikre en mer konsentrert behandlingsform. Vi mener dette i stor grad skyldes frykten for å få dommen og hovedforhandlingen opphevet som følge av saksbehandlingsfeil. Manglende inngripen fra dommerne er også et resultat av faglig usikkerhet hos dommerne, som vi mener har sin årsak i at svært mange dommere mangler den nødvendige erfaring med behandling av straffesaker før de tiltrer som dommere. Usikkerheten fører ofte til at dommerne tillater at forsvarerne stiller spørsmål om forhold som allerede er tilstrekkelig opplyst. I praksis fører dommernes unnfallenhet til at vitner – og særlig de fornærmede – kan oppleve at det å gi en forklaring for retten blir svært belastende. Som sagt eksisterer hjemlene for å unngå slikt allerede. Problemets løsning ligger i liten grad i straffeprosesslovgivningen; den dreier seg heller om endring av holdninger og adferd hos dommerne.

7.3.1 § 35-1. Rettens styring av hovedforhandlingen

Vi slutter oss til forslaget og vil understreke at effektivitetsgevinster først og fremst kan oppnås under rettsmøtene; ikke under saksforberedelsen.

7.3.2 § 35-2. Muntlig hovedforhandling

Det er positivt at utvalget fremholder at kravene til muntlighet ikke må forhindre partene i å benytte hensiktsmessige presentasjonsteknikker. I § 35-2 nevnes også bruk av disposisjoner for å lette fremstillingen av argumentasjon, noe vi forstår som bruk av skriftlige disposisjoner under prosedyren. Det er vår erfaring at bruk av slike disposisjoner i praksis ofte vil være i strid med muntlighetsprinsippet idet disposisjonene har en tendens til å inneholde argumenter og ikke bare blir benyttet som et virkemiddel for lettere å følge fremstillingen. Det må presiseres i forarbeidene, eller i lovteksten, at disposisjoner bare skal inneholde hovedpunktene i fremstillingen og at de ikke skal ha karakter av skriftlig prosedyre. Som Høyesterett skriver i sin veiledning om ankeforhandlinger i straffesaker: "Disposisjonen skal [...] ikke være argumenterende, og det skal ikke inntas sitater."

Ved bruk av hjelpedokumenter og billedlige oppsummeringer av bevisene følger det av god påtaleskikk at disse hjelpemidlene vises til motparten før de presenteres for retten. På den måten ivaretar påtalemyndigheten kontradiksjonsprinsippet. Oslo statsadvokatembeter vil anbefale at det gis anvisning på en slik fremgangsmåte i bestemmelsens spesielle motiver, eventuelt at det inntas direkte i loven. Naturligvis må dette gjelde tilsvarende for materiale som presenteres av forsvareren.

I annet ledd vises det til utkastets § 10-9 hva gjelder forklaringer. Etter vår oppfatning er utkastets § 10-9 noe selvmotsigende hva gjelder bruk av lyd- og billedopptak fra førsteinstans. I annet ledd heter at slike opptak kan spilles av for helt eller delvis å tre i stedet for muntlig og direkte avhør når hensynet til forsvarlig saksopplysning ikke taler mot det. I bestemmelsens første ledd slås det imidlertid fast som en hovedregel at både under hoved- og ankeforhandling skal forklaringer gis muntlig og direkte for den dømmende rett. Vi vil

anbefale at henvisningen til ankeforhandling i første ledd tas ut av bestemmelsen slik at bestemmelsen blir i tråd med utredningens uttalte ønske om at avspilling av forklaringene fra førsteinstans bør være den alminnelige fremgangsmåte, jf. de generelle motiver side 178 -180. En ønsket omlegging av gjeldende praksis gjør det nødvendig klart å signalisere hva hovedregelen skal være.

Formuleringen "er i strid med" i § 10-9 tredje ledd forutsetter en objektiv konstatering. Det bør vurderes en formulering som overlater til parten å bestemme om den tidligere gitte forklaring er strid med det som forklares for retten, f.eks. " hevdes å være...".

7.3.3 § 35-3. Innledning av forhandlingene

I straffeprosessloven § 289 heter det at forsvareren på begjæring kan få ordet "til korte bemerkninger i tilknytning til det som aktor har uttalt". I utkastet er ordet "korte" ikke tatt med. Noen ganger opplever vi at forsvarerne holder et innledningsforedrag etter mønster av hva som gjøres i sivile saker, uten at dommere griper inn. Det er derfor god grunn til også i den nye straffeprosessloven å ta med ordet "korte" foran "bemerkninger".

7.3.4 § 35-4. Bevisføringen

Oslo statsadvokatembeter slutter seg til forslaget om at avhørsrekkefølgen kan bestemmes ut fra en hensiktsmessighetsvurdering i den enkelte sak. Vi slutter oss til utvalgets syn om at hvorvidt fornærmede har bistandsadvokat eller ikke, er et uegnet kriterium for å bestemme om fornærmede skal avhøres før retten hører tiltaltes forklaring. På den annen side vil vi understreke at erfaringene med å la fornærmede forklare seg først i saker hvor fornærmede har bistandsadvokat, er udelt positive.

Det er nødvendig å få avklart avhørsrekkefølgen når bevisoppgaven skrives, blant annet av hensyn til innkallingen av vitnene. Dette praktiske behovet synes å være oversett av utvalget. Ettersom det som kjent er påtalemyndigheten som har bevisbyrden, foreslår vi at det i paragrafen klart kommer til uttrykk at avhørsrekkefølgen bestemmes av påtalemyndigheten. Også på dette punkt er det behov for å ha en bestemmelse som ikke medfører prosess om prosessen.

I de spesielle motivene til bestemmelsen gir utvalget uttrykk for hvem som skal foreta avhørene. Vi er enige i at man bør opprettholde ordningen hvor rettens leder først gir ordet til tiltale slik at tiltalte kan gis anledning til å gi en sammenhengende og fri forklaring. Vi har imidlertid erfart at enkelte dommere går for langt i eksaminasjonen av tiltalte som følge av manglende kunnskap om saken. Dette er også uheldig ettersom det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden. Departementet bør derfor i forarbeidene understreke at rettens leder normalt bør overlate til aktor og forsvarer å stille de mer detaljerte spørsmål.

I de spesielle motivene hevdes det at det ofte vil være "hensiktsmessig for saksavviklingen om retten gir forsvareren ansvaret for å stå for slike innledende spørsmål som kan bringe tiltaltes forklaring i riktig retning". Oslo statsadvokatembeter mener at en slik praksis ikke vil styrke opplysningen av saken. Forsvarerens oppgave er i mange saker å forsøke å dra oppmerksomheten bort fra det som er sakens kjerne. Bevisbyrdereglene tilsier at påtalemyndigheten stiller spørsmål til tiltalte før forsvareren får ordet.

7.4 Kapittel 36. Forenklet behandling

Vi slutter oss til forslaget om å videreføre ordningen med forenklet domstolsbehandling i form av det vi nå kaller tilståelsesdom. Vi er også enige med utvalget i at benevnelsen tilståelsesdom ikke lenger er passende. Istedenfor den foreslåtte benevnelsen "Forenklet behandling", vil vi anbefale at kapitteloverskriften blir "Forenklet domstolsbehandling" eller "Forenklet pådømmelse". Begge disse alternativene gir klarere uttrykk for hva kapitlet omhandler.

8 DEL 8. ANKE

Det foreslås betydelige strukturelle endringer i regelverket. For eksempel behandles anke over dom og beslutning samlet, noe som i dagens straffeprosesslov er å finne i kap. 23 og 26. Som ellers i utkast til ny straffeprosesslov vil forståelse av reglene om anker nødvendigvis kreve kunnskap om andre deler av lovutkastet. Blant annet finnes bestemmelser om saksforberedelse, forkynning, bevisføring og rettens sammensetning i andre kapitler. Bestemmelser om anke til lagmannsrettene eller Høyesterett finnes også i de samme kapitlene, noe som skaper litt uryddighet i enkelte formuleringer. Ankebehandlingen skal være en overprøving, og ikke en omprøving av tingrettens avgjørelse. Sentralt i dette er forslaget om gjenbruk av bevisførselen for tingretten kombinert med aktiv saksstyring. Dette er et viktig hensyn ved Oslo statsadvokatembeters videre kommentarer.

Forslaget om å oppheve skillet mellom kjennelser og beslutninger har Oslo statsadvokatembeter ingen sterke meninger om, bortsett fra at dagens skille synes å ha fungert tilfredsstillende og er godt innarbeidet i lovens systematikk. Kravet til begrunnelse er i dag forskjellig for beslutninger og kjennelser, og dersom alt skal kalles det samme, kan dette skape uklarhet om hvilke krav som stilles til begrunnelse.

8.1 Ankekompetanse

Utvalget har i forslag til ny § 2-14 første ledd foreslått at anke over dom og over beslutning om avvisning besluttet av statsadvokaten, med mindre riksadvokaten har besluttet tiltale. Dette medfører et avvik fra dagens hovedregel hvor det nivå i påtalemyndigheten som har påtalekompetansen, også er gitt kompetanse til å beslutte anke. Dette prinsippet er imidlertid i stor grad allerede fraveket ved at det er statsadvokaten som har ankekompetanse i saker der politiet har påtaleavgjort saken etter utvidet påtalekompetanse, jf. strpl. § 67. Selv om ordningen med politimesterens ankekompetanse etter gjeldende lov har fungert tilfredsstillende, har Oslo statsadvokatembeter ingen sterke innvendinger mot forslaget, som vil kunne virke ensrettende for hvilke saker som påankes og muligens også begrense inngivelse av anker i saker av mindre betydning. Man er også av den oppfatning at det ankes relativt lite av politiet, i hvert fall over dommer. Det antas at forslaget ikke vil medføre noen vesentlig endring i ankefrekvens i saker som hører under politiets påtalekompetanse idet disse sakene normalt ikke vil komme til statsadvokatens kunnskap med mindre politiet foreslår anke.

At en slik ordning vil måtte ha betydning for lengden av påtalemyndighetens ankefrist, er åpenbart idet en slik ordning vil medføre et større behov for kommunikasjon mellom de ulike ledd i påtalemyndigheten. Dette synes imidlertid ivaretatt ved utvalgets forslag til ankefrist i § 37-4 (2), som likestiller ordningen med ankefrist for saker som hører under politiets påtalekompetanse med (dagens ordning i) saker hvor påtalekompetansen hører under riksadvokaten.

8.2 Ankeadgang

Utvalget foreslår i § 37-2 (1) at en beslutning uavhengig av begrensningene senere i bestemmelsen også kan påankes ”*på grunnlag av at avgjørelsen er uforsvarlig eller urimelig.*” Det fremgår for øvrig at dette er ment å sikre mulighet for ankeprøving av

grunnleggende krav til innhold og saksbehandling, se til sammenligning tvisteloven § 29-3. Eksempler på at det kan være grunnlag for anke, er at beslutningen bygger på uriktig lovtolkning eller er beheftet med grove saksbehandlingsfeil, se Rt. 1995 s. 1581 og Rt. 2000 s. 713.

Etter Oslo statsadvokatembeters syn er dette formuleringer som er mindre heldige, som vil være prosessdrivende, svekke hensynet til forutberegnelighet i saksbehandlingen og som vil gi adgang til mange anker begrunnet i pretensjoner om uforsvarlighet eller urimelighet; skjønnsmessige begreper som formentlig kan ha sin berettigelse innen avtaleretten, men ikke i straffeprosessen.

8.3 Ankeerklæring

Det foreslås at anke skal erklæres for den domstol som har truffet avgjørelsen i § 37-6 (2). Oslo statsadvokatembeter støtter en slik omlegging og tiltrer utvalgets vurderinger i utredningens pkt. 20.4.2.2. Vi viser også til våre kommentarer i pkt. 8.6 under.

Den senere tids praksis har godtatt ankeerklæringer fremsatt på e-post, telefaks og som scannet dokument. Dette bør også fremgå av forarbeidene.

For å legge til rette for en mer konsentrert ankebehandling foreslås det strengere krav til utforming av ankeerklæring enn etter gjeldende rett. Oslo statsadvokatembeter har i utgangspunktet ingen innvendinger mot det siste, idet en presisering av hva anken omfatter vil sikre en mer målrettet ankebehandling. Utvalget mener derfor at det bør stilles strenge krav til innhold og presisjon, og har utarbeidet et forslag til hva ankeerklæringen skal inneholde, basert på tvisteloven § 29-9 tredje ledd, jf. også gjeldende krav til anke over sivile krav i strpl. § 314 tredje ledd.

Utkast til § 37-6 (1) viderefører og innskjerper krav i strpl. § 314 første ledd til også å omfatte beslutninger. Dette sees på som positivt, og vil muligens medføre en adgang til å gi mer spissede tilsvare til en anke og til å undergi anken en bedre behandling ut fra hva de egentlig gjelder.

8.4 Ankegrunner

Gjeldende strpl. § 314 tredje ledd nr. 2 omtaler en av ankegrunnene som "lovanvendelsen under skyldspørsmålet", mens det i forslag til ny § 37-6 kun omtales som "lovanvendelsen". Om det er tilsiktet en utvidelse også til lovanvendelsen under reaksjonsspørsmålet er ikke nærmere omtalt.

8.5 Ankefrist

Ankefristen følger av utkastets forslag til § 37-4, normalt to uker fra tidspunktet for underretning. For påtalemyndigheten løper fristen fra det tidspunkt avgjørelsen har kommet inn til den ankeberettigedes tjenestested. Dette tilsvarer i det alt vesentlige bestemmelsen i strpl. 310 tredje ledd. Formuleringen "dennes kontor" foreslås erstattet med "den ankeberettigedes tjenestested." Fra den tid hvor dokumenter kun ble oversendt i ordinær postgang, var det lett å ha notoritet om når rettslige avgjørelser var mottatt av påtalemyndigheten. Etter hvert har noen dommere funnet grunn til å oversende avgjørelser direkte til møtende aktor fra politiet, eventuelt til statsadvokaten "til orientering", enten på telefaks eller e-post i tillegg til ordinær postforsendelse, noe som både medfører

notoritetsproblemer og usikkerhet om når ankefristen begynner å løpe, jf. bl.a. Rt. 2015 s. 1319 og Rt. 2010 s. 731. Det er ingen grunn til å tro at adgangen til elektronisk oversendelse mellom de forskjellige aktører innen strafferettspleien vil avta i tiden fremover. Blant annet er det i dag enkelte overføringsrutiner mellom domstolenes saksbehandlingssystem Lovisa og politiets BL som fungerer ved noen politidistrikter, men ikke med den høyere påtalemyndighet. Dette må imidlertid i dag hensyntas på individuell basis ved beregning av påtalemyndighetens ankefrist. Det bør tilstrebes regler som klargjør at påtalemyndighetens ankefrist først begynner å løpe når avgjørelsen innkommer hos påtalemyndigheten ved oversendelse, på papir eller elektronisk, på ordinær måte med notoritet, og ikke ved en mer tilfeldig oversendelse direkte til en bestemt politiadvokat eller statsadvokat, for eksempel til dennes private eller tjenestelige e-postadresse. Når de forskjellige ledd innen påtalemyndigheten skal ta stilling til spørsmålet om anke, er det behov for en reell ankefrist for vurdering, skriving av innstilling til overordnet påtalemyndighet, oversendelse og utarbeiding av ankeerklæring, som så etter dagens regler i strpl. § 312 tredje ledd skal forkynnes for siktede, jf. også utkastets § 37-4 (2) siste punktum. Dette også da både politiadvokater og statsadvokater kan ha mye fravær fra kontoret, bl.a. ved rettsoppmøter.

8.6 Saksforberedelse før siling

En forutsetning for en effektiv partsprosess er at partene avklarer sin posisjon i saken. Etter straffeprosessloven 1981 er det ikke krav om at det inngis tilsvær. Når imidlertid saken har vært behandlet grundig i én instans, er det intet urimelig krav at den som er misfornøyd med resultatet grunngir hvorfor saken skal overprøves, og at motparten på tilsvarende måte argumenterer for sitt syn. Dette vil være viktig for å legge til rette for partenes saksforberedelse og ankeinstansens saksstyring. Uavhengig av at mistenkte har rett til å forholde seg taus og ikke skal avkreves informasjon om hvorledes vedkommende forholder seg til mistanken, så har dette allerede vært et tema i underinstansens behandling av saken. Ved domfeltes anke må det kunne kreves at det klargjøres hva domfelte vil gjøre gjeldende. Har påtalemyndigheten anket, bør det kunne forventes at forsvarer opplyser om hvilke sider av anken man er uenig i.

Utvalget går videre inn for å endre reglene om inngivelse av anke, slik at anken skal sendes den rett som har truffet avgjørelsen, og det foreslås regler om frist for støtteskriv i loven. Til det første, som støttes av Oslo statsadvokatembeter, jf. ovenfor, vil det medføre en enkel praktiserbar regel; slik situasjonen er etter gjeldende lov kan anke over dom inngis til den domstol som har truffet avgjørelsen, til påtalemyndigheten eller til vedkommende fengselsmyndighet ved frihetsberøvelse, og ved anke over beslutning / kjennelse for den rett hvis avgjørelse angripes. Forslaget innebærer en viss økning av arbeidsbelastning for underinstansen, men sikrer en sentral behandling og kontroll hos den instans hvis avgjørelse angripes.

Ordningen med støtteskriv bør reguleres i loven for å hindre uthuling av ankefristen og for å sikre ensartet praksis. Forslaget om en lovbestemt frist for inngivelse av støtteskriv støttes, idet behandling av anker både hos påtalemyndigheten og i domstolene forsinkes i betydelig grad på grunn av at forsvarere ofte inngir såkalte "fristavbrytende anker", hvoretter ankebegrunnelse lar vente på seg og ofte må purres på. Praksis i dag er at det er påtalemyndigheten som i tilfelle skal gi forsvarer en frist til å begrunne en anke, og saken oversendes til retten først når støtteskrivet (vanligvis) foreligger. Etter utvalgets forslag vil det overføres til domstolen å stå for saksbehandlingen før oversendelse av saken med anke til ankeinstansen. Det bør tas høyde for at dette vil medføre en noe større arbeidsbelastning for ting- og lagmannsrett, men som helhet en raskere og mer effektiv ankeprosess.

Lovfestet tidsfrist for støtteskriv er dessuten et forslag som bør kunne implementeres i någjeldende straffeprosesslov uten særlige omkostninger og som vil medføre større effektivitet ved gjennomføring av ankebehandling.

Ankedomstolen skal også som en følge av forslaget kunne ta en anke under behandling for å avklare om den skal fremmes eller ikke uten å risikere opphevelse på grunn av saksbehandlingsfeil når – i praksis – forsvarere inngir støtteskriv lenge etter at domfelte har anket.

En frist på én uke fra inngivelse av anke bør i utgangspunktet være tilstrekkelig, men det bør være en adgang for retten til å kunne forlenge fristen i særlig omfattende saker. Det må også klarlegges nærmere når fristen skal regnes fra. Den som anker en dom på stedet ved forkynnelsen, vil få en frist for å inngi støtteskriv før ankefristens opprinnelige utløp mens den som inngir anke på ankefristens siste dag, vil kunne få en frist for å begrunne anken på tre uker fra forkynnelse.

8.7 Ankesiling

Utvalget har drøftet om det bør gjelde en generell regel om siling av anker til lagmannsretten, hvilket også er flertallets forslag. Dette støttes ubetinget av Oslo statsadvokatembeter. Dagens situasjon, hvor strafferammen avgjør om anken skal "siles" eller ikke, rammer vilkårlig ut fra den aktuelle straffebestemmelses objektive alvorlighetsgrad, uten å ta hensyn til idømt reaksjon, sakens kompleksitet, tingrettens begrunnelse eller hvor klart bevisbildet er eller ikke. Utvalgets mindretall antar at en forsvarer gjennomgående vil fraråde anke uten utsikt til å føre frem. Det er med andre ord etter mindretallets oppfatning begrenset hva man vil oppnå av spart ressursbruk dersom også dagens saker med ubetinget ankerett blir omfattet av silingsordningen. Påtalemyndigheten har liten erfaring med hva en forsvarer råder sin klient til når det gjelder spørsmålet om å anvende rettsmidler, men det er på ingen måte uvanlig at det i forbindelse med anke også skjer et forsvarerbytte. Dagens situasjon kan ofte oppfattes som en trenering fra domfelte i opplagte saker, og en fullstendig uhensiktsmessig utnyttelse av lagmannsrettens kapasitet ved at relativt opplagte saker opptar domstolkapasitet, gjerne i langvarige saker med lagrette, som igjen går på bekostning av andre saker når det gjelder saksavvikling og berammelsestid. Selv ved en avvikling av juryordningen vil det samme være tilfelle ved opprettholdelse av en ordning som i dagens strpl. § 321 tredje ledd.

Selv om silingsbehandlingen finner sted uten ordinært rettsmøte med muntlige partsforhandlinger og umiddelbar bevisføring, ser Oslo statsadvokatembeter ingen betenkeligheter med videreføring av dagens ordning og uten lekdommermedvirkning.

Utvalgets forslag om at gjeldende straffeprosesslov § 321 første ledd første punktum i saker som gjelder bot, inndragning eller tap av retten til å føre motorvogn bare kan fremmes etter samtykke fra lagmannsretten når «særlige grunner taler for det» i det vesentlige videreføres, tiltres uten ytterligere bemerkninger.

Kravet til begrunnelse når domstolen tar stilling til en anke videreføres i det alt vesentlige, og kommenteres heller ikke nærmere herfra. Vi ser imidlertid ingen grunn til utvidet begrunnelseskrav for de straffesaker som etter dagens ordning vurderes i medhold av strpl. § 321, tredje ledd. Oslo statsadvokatembeter er uenig i utvalgets utgangspunkt om at beslutningen i de sakene som i dag gir automatisk rett til ankebehandling, i alminnelighet må gis en mer omfattende begrunnelse, idet kravene i strpl. § 321 annet ledd anses tilstrekkelig slik bestemmelsen praktiseres i dag.

Vi stiller oss dessuten noe undrende til utvalgets uttalelse om at dersom det under ankeprøvingen viser seg særlig krevende å gi en begrunnelse som viser at anken har vært undergitt en reell overprøving, tilsier det at anken fremmes.

I utredningens forslag til ny § 38-3 som gjelder nektelse av og samtykke til realitetsbehandling av anke over dom, heter det som i dagens lov at anke til lagmannsretten kan nektes fremmet når det er ”klart at anken ikke vil føre frem”. Det fremgår videre ”*Det må være på det rene at resultatet ikke vil bli et annet etter ankebehandling, og er det behov for ytterligere undersøkelser, eller saken ellers fremstår som uklar, skal anken fremmes. Det er en viss adgang til å praktisere vilkåret relativt, slik at meget alvorlige saker kan fremmes også i tilfeller der muligheten for et annet resultat er minimal, men det er her snakk om små nyanser, fordi silingskriteriet som nevnt er strengt.*” Slik utvalget formulerer kriteriet for å nekte en anke fremmet, så skal det i realiteten svært meget til for å nekte en anke fremmet, og at anker skal fremmes selv om muligheten for et annet resultat er minimal. Dette fremstår som noe underlig idet det bl.a. for en realitetsbehandling av reaksjonsspørsmålet legges et annet prinsipp til grunn for endring, som beskrevet i dagens strpl. § 344 første ledd, hvor det heter at ”*Blir lovanvendelsen opprettholdt, skal retten ikke endre den utmålte straff, med mindre den finner at det er et åpenbart misforhold mellom den straffbare handling og straffen.*” Denne bestemmelsen er dessuten foreslått videreført i forslag til ny § 39-11(2), annet punktum med en noe endret ordlyd.

Avgjørelse av straffesaker vil bero på vurdering av bevis, enten dette gjelder ved hoved- eller ankeforhandling, eller ved ankesiling. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning kan det ikke gjelde noen annen norm for vurdering av hva som skal anses bevist, eller å være tvilsomt, ved ankesilingen enn ved en ordinær rettslig behandling av skyld- eller reaksjonsspørsmålet. Vurdering av en anke må skje etter ordinære bevisbyrderegler, jf. bl.a. beskrivelsen i Rt. 2005 s. 1353, og krav til begrunnelse for å nekte en anke fremmet bør heller ikke skjerpes i forhold til dagens krav, jf. bl.a. Rt. 2011 s. 164. Begrunnelseskrav for en dom eller beslutning fremgår av forslag til ny §§ 32-7 og 32-8, og oppfyller en avgjørelse disse, må dette også ha betydning for vurdering av om en anke skal henvises eller ikke. En endring i forhold til dagens ankesiling vil være at det i tillegg til det materialet ankedomstolen nå har for å vurdere en anke, etter forslag til ny straffeprosesslov med endringer i domstolloven skal foreligge opptak av rettsforhandlingene, som et supplement til det som i dag er sakens dokumenter. Ankeinstansen vil således ha et bedre grunnlag for å vurdere bevisene i den påankede avgjørelse opp mot det som pretenderes i anken.

8.8 Omgjøring

I dagens straffeprosesslov kan det fremmes begjæring om omgjøring til lagmannsretten etter § 321 fjerde ledd annet punktum. Det er ingen frist for slik begjæring eller begrensning i hvor mange ganger det kan begjæres omgjøring.

Begjæring om omgjøring til Høyesterett følger av strpl. § 323 annet ledd femte punktum. Her har dessuten praksis, jf. Rt. 2010 s. 358 avsnitt 17, akseptert omgjøringsadgang etter rettskraft når omgjøringsbegjæringen gjelder samme ankegrunn og ankegjensstand og fremsettes ”innen rimelig tid” (innen 3 mnd. etter rettskraft). Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør en avgjørelse ikke kunne omgjøres etter inntrådt rettskraft, slik at riktig rettsmiddel i tilfelle bør være gjenåpning, jf. Rt. 2009 s. 82.

Dagens krav om begrunnelse av avslag i § 323 annet ledd sjette punktum synes ikke videreført i § 38-4, hvilket fremstår som uheldig.

8.9 Ankeforhandling

Utvalget har vurdert løsninger som kan bidra til å effektivisere og konsentrere ankebehandlingen, uten at det går på bekostning av en forsvarlig prøving av saken. Utvalget foreslår at det skal åpnes for skriftlig behandling av alle anker over dom til lagmannsretten, når partene samtykker eller retten finner en slik saksbehandlingsform åpenbart hensiktsmessig. Dette kan imidlertid ha uheldige konsekvenser som må søkes avhjulpet ved gode rutiner og kontradiksjon, jf. bl.a. Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse av 22. desember 2016, HR-2016-2603-U.

Utvalget mener også at bevisanker etter omstendighetene bør kunne undergis skriftlig behandling. Dette er et markant unntak fra prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet, men kan avhjelpes ved bruk og gjenbruk av lyd- og bildeopptak fra behandlingen i første instans. Alt i alt er Oslo statsadvokatembeter ikke negative til forslaget, men det vil kreve ytterligere avklaringer i den enkelte sak om hvilke deler av sakens opplysninger ankedomstolen skal kunne bygge på, jf. utkastets § 32-4.

Etter lovutkastet er vilkåret for slik behandling at partene samtykker, eller retten finner det åpenbart hensiktsmessig. Hva som ligger i ”åpenbart hensiktsmessig”, må det gis nærmere retningslinjer om, idet dette ikke kan overlates til den enkelte dommer eller praksis ved den enkelte ankedomstol.

Ved muntlig ankeforhandling foreslår utvalget en generell bestemmelse om at den ankende part som hovedregel er ansvarlig for å presentere saken for retten. Oslo statsadvokatembeter er uenig i dette, idet det er et brudd med det generelle anklageprinsippet. Ved begrensede anker i lagmannsrett er dette hovedregelen allerede i dag og ubetenkelig, men i skyldanker hvor skyldspørsmålet skal prøves i sin helhet vil det uansett være påtalemyndigheten som vil ha bevisbyrden og oppgaven med å opplyse saken for retten. Forsvareroppgavet er annerledes, og en ordning som foreslått vil formentlig måtte nødvendiggjøre et betydelig supplement fra påtalemyndigheten ved innledningsforedraget, ikke minst for å gjøre rede for påtalemyndighetens tilbud av vitner og dokumentasjon for skyld. Uansett vil det være uryddig at én eller flere forsvarere skal måtte gjøre rede for bevisstilbud som skal fremmes for retten, som kan være egnet til å bevise skyld for egen klient.

Utvalget foreslår endringer i prosessreglene for å effektivisere saksforberedelsen og gjennomføringen av rettens behandling i alle instanser. Sentralt står regler om aktiv dommerstyring og bevissikring i tingretten, jf. kommentarer ovenfor. Utvalget antar dessuten at endringene vil få betydning for behandlingen i lagmannsretten og Høyesterett ved at sakene som skal behandles, blir bedre forberedt i tidligere instans. Dette er Oslo statsadvokatembeter noe mer behersket optimistisk til, idet det tidligere omtalte ”kulturskiftet” i domstolene, og ikke minst på forsvarersiden, vil være en forutsetning for utvalgets antagelse. Det vises til at dagens straffeprosesslov allerede inneholder hjemler for aktiv saksstyring, men som i liten grad benyttes. I dette ligger også den forsiktighet som mange dommere utviser når det gjelder å drive saksstyring, idet det er mange eksempler på at overordnet domstol etter anke har besluttet opphevelse, ikke minst når det gjelder spørsmål om utsettelse av hovedforhandling, når det gjelder spørsmål om fritt forsvarervalg (som i LB-2016-68136, Rt-2009-637 og Rt.

2009 s. 417), valg av bistandsadvokat (Rt. 2012 s. 1679) og bevisavskjæring (eksempelvis Rt. 2008 s. 605)

Oslo statsadvokatembeter er enig i at prinsippene om muntlighet, umiddelbarhet og lekdommeres deltagelse skal videreføres, men at det av effektivitetshensyn kan gjøres unntak i enkelte tilfeller når dette er ubetenkelig. Blant annet gjelder dette ved avspilling av den umiddelbare bevisførsel som har funnet sted ved tingrettens behandling av straffesaken. Vi er også enig i at det ikke bør være noen utvidet adgang for Høyesterett til å prøve skyldspørsmålet.

Anke som rettssikkerhetsgaranti hviler på en antakelse om at man over tid får flere riktige avgjørelser når avgjørelsens innhold og underinstansens saksbehandling kontrolleres av en høyere rettsinstans. Dette forutsetter at ankeinstansen har et minst like godt avgjørelsesgrunnlag som underinstansen, og en kvalitativt mer summarisk ankebehandling vil ikke styrke en slik antakelse. Herunder vil tanken om at ankeinstansen skal ha en utvidet ad hoc-adgang til å prøve saken i større grad enn hva det er anket over utover i de åpenbare tilfellene som beskrevet i dagens strpl. § 342, kunne medføre et kvalitativt dårligere utgangspunkt for å avsi en riktig dom, ikke minst hensett til at partene neppe har forberedt ankeforhandlingen eller bevistilbudet for slike eventualiteter.

Etter gjeldende straffeprosesslov skal en såkalt bevisanke eller fullstendig anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet til lagmannsretten prøves først dersom det er henvist flere ankegrunner. Hvis anken fremmes også på dette grunnlaget, skal det gjennomføres en fullstendig ny behandling av saken, og det er da ikke av interesse å prøve de øvrige sider ved tingrettens dom, jf. § 326 første ledd. Dette er en praktisk ordning hvor det uansett skal foretas en fullstendig ny behandling av saken uavhengig av tingrettens behandling og resultat. Lagmannsretten skal som anneninstans sørge for en effektiv og betryggende prøving av tingrettens avgjørelse, og eventuelle andre mangler ved tingrettens behandling bør som den klare hovedregel være avhjulpet ved ankebehandlingen i lagmannsretten.

Utvalget tar opp spørsmålet om ankeinstansen bør gis adgang til ex officio å kunne prøve bevisene under skyldspørsmålet ved begrenset anke over lovanvendelsen. Det er anført at hensynet til et riktig domsresultat taler for å tillate prøving av bevisene slik Regelutvalget anbefaler. Utvalget har i flere andre sammenhenger latt dette hensynet få mindre betydning, blant annet i den utvidelse som foreslås på flere områder når det gjelder bevisforbud. Tvil med hensyn til om ankeinstansen vil kunne ha noen kvalifisert oppfatning av bevisene under skyldspørsmålet ved behandling av en begrenset anke hvor det ikke er lagt opp til bevisførsel om skyld, taler også klart mot en slik ordning. Oslo statsadvokatembeter er enig i utvalgets konklusjon.

Utvalget er i mandatet bedt om å ta stilling til om «ankeinstansens prøving kan og bør være mer begrenset enn det som følger av gjeldende regelverk». I lovutkastet videreføres gjeldende regulering av rettens forhold til ankegrunner og ankegenstand. Samtidig er det anbefalt generelle bestemmelser som åpner for å begrense sakenes omfang, herunder regler om avgrensning av bevistema mv. Reglene får også anvendelse under silingsprosessen. Etter Oslo statsadvokatembeters syn vil en avgrensning av ankebehandlingen mot spørsmål innenfor ankegrunnene som ikke er omtvistet, eller som av andre grunner er opplagte, favne for vidt. I mange saker vil det sentrale bevistema både for under- og ankeinstans gjelde subjektive straffbarhetsvilkår, hvor bevisførsel om sakens objektive side er nødvendig for å klarlegge om gjerningsmannen handlet med forsett eller uaktsomhet på gjerningstidspunktet. Høyesterett

har ved en anledning uttalt ”Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttakelse, og det må derfor ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen. Således kan gjerningsmannen gjennom sin adferd ha lagt for dagen at han har besluttet å foreta handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge.”

Hvis dette klart kan fastslås under ankeinstansens silingsprosess, så er det vel og bra, men dersom dette ikke kan gjøres, vil en ankeforhandling uansett kreve nødvendig bevisførsel om sakens objektive side utover hva som fremkommer i den påankede dom for å belyse subjektive forhold.

8.10 Gjenbruk av bevis

Et sentralt reformforslag er å åpne for gjenbruk av bevisføringen fra tingretten. Utvalget foreslår at det i betydelig utstrekning skal tas opptak med lyd og bilde av forhandlingene i rettsmøter, herunder av forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige. I lagmannsretten skal det kunne spilles av opptak fra tingrettens behandling i stedet for, eller som supplement, til umiddelbar vitneførsel. Dette forslaget støttes også av Oslo statsadvokatembeter. Fra et praktisk utgangspunkt hefter det flere uheldige konsekvenser ved dagens ordning med full ny behandling, særlig av skyldspørsmålet, i lagmannsretten hvor hele eller deler av tingrettens forhandlinger må gjentas i ankeinstansen, med de ulemper dette medfører for andre enn sakens profesjonelle parter. I tillegg har dagens ordning en vesentlig svakhet ved i at det i hovedsak er liten eller ingen notoritet over hva som blir forklart av vitner, og særlig av tiltalte, i tingretten, slik at tiltalte ikke bare gis en adgang til å få prøvd skyldspørsmålet i to instanser, men i praksis også gis en adgang til å endre eller tilpasse sin forklaring i lagmannsretten til hvordan bevisbildet var ved tingrettens avgjørelse. Forslaget med gjenbruk av bevis fra tingretten støttes. En slik ankebehandling som utvalget foreslår, har vært praktisert i Sverige noen tid, og erfaringene derfra er positive. En forutsetning for at en slik ankebehandling skal kunne fungere er imidlertid at det forefinnes adekvate opptaksmuligheter i tingrettene og avspillingsmuligheter i lagmannsrettene, men dette anses som en nødvendig kostnad som over tid vil medføre mer konsentrerte, målrettede og effektive ankeforhandlinger med betydelig mindre belastninger for fornærmede og vitner. Det er videre en kjensgjerning at det kan medgå betydelig tid fra tingrettens dom til ankesaken påbegynnes i lagmannsretten i straffesaker som ikke er fristsaker, med mulighet for vitners hukommelse til å svekkes over tid. Hensynet til riktige dommer (sannhetsidealet) tilsier at vitneforklaringer bør sikres så nært opp mot observasjonstidspunktet som mulig.

Hjemmel for å sikre rettslige forklaringer avgitt under rettsmøter, herunder hovedforhandling, ved opptak fremgår relativt indirekte av utkastets § 10-8 (3). Henvisningen til bestemmelser i domstolloven §§ 134a til c gjelder bestemmelser som må vedtas, hvor det etter forslag til ny domstollov § 134b som meget klar hovedregel skal tas lyd- og bildeopptak av rettsforhandlingene i sin helhet. Forarbeidene nevner dessuten begrensninger i gjenbruk ved en eventuell ankeforhandling dersom opptak ikke har god kvalitet, noe som åpenbart først må vurderes konkret av den domstol som har saken til behandling. Oslo statsadvokatembeter er selvfølgelig ikke uenig i at det bør tilstrebes best mulig kvalitet på opptak av rettsmøter.

Hjemmel for avspilling av opptak av forklaringer under rettsmøter finnes i forslag til ny § 10-9 (2), men det er ingen særregler for ankeforhandlinger. At avspilling skal skje i stedet for muntlige avhør er ikke uttrykt sterkere i bestemmelsen enn ”som regel”, hvor det blant annet særlig skal tas hensyn til partenes syn. Dette gir liten forutberegnelighet for de impliserte om det ved en ankeforhandling skal være umiddelbar bevisførsel eller ikke, noe som medfører

belastninger for fornærmede og vitner også ved uforutsigbarhet og begrenset mulighet for å bearbeide traumer og legge ting bak seg. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør lovteksten i langt større grad gi uttrykk for at hovedregelen er avspilling under ankeforhandling, og at det bør være relativt snevre unntak, som i tilfelle bør begrenses til en mulighet for å innhente supplerende forklaringer. Det bør være et unntak fra hovedregelen at de samme vitner føres på ny for ankeinstansen.

Hvis man skal ha en situasjon hvor det skal legges opp til både avspilling og muntlig avhør av vitner og fornærmede, eventuelt også med at det foreholdes ting fra opptak av avhør etter § 10-9 (3), så vil dette medføre behov for betydelig større tidsbruk ved ankeforhandlinger og en mindre effektiv gjennomføring.

Forslaget om gjenbruk av tingrettens bevisførsel for lagmannsretten, er langt på vei en forutsetning for denne lovreformen. Dersom det ikke legges til rette for opptak, vil ikke denne del av lovforslaget la seg realisere, og da vil heller ikke andre viktige deler av lovforslagene kunne oppnås, så som en større konsentrasjon av ankeprosessen, mer aktiv dommerstyring og intensjonen om å gjøre lagmannsrettene til en reell overprøvingsinstans av tingrettens avgjørelser. Manglende eller utsatt gjennomføring av lyd- og bildeopptak av forklaringer gitt i førsteinstansen vil medføre opprettholdelse av de uheldige sider ved dagens situasjon, blant annet at det for lagmannsretten for ofte finner sted en fullstendig ny prøving av saken selv om det bare er enkelte sider av faktum eller lovanvendelse som er omstridt. At det i ankeinstansen skal være en overprøving og ikke en omprøving, bør komme sterkere frem i en ny straffeprosesslov, og at bevisførselen som den klare hovedregel skal gjennomføres i tingretten, med mindre det klart foreligger et annet bevisbilde slik at supplerende bevisførsel kan finne sted i ankeinstansen.

Lyd- og bildeopptak må også gjennomføres i lagmannsretten for bruk i Høyesterett og av Gjenopptakelseskommisjonen.

8.11 Reaksjonsspørsmålet

Til spørsmålet om ankedomstolens adgang til å endre den utmålte straffen, gjeldende straffeprosesslov § 344, så har bestemmelsen i praksis blitt vist til både av lagmannsrettene og Høyesterett når det har passet slik, særlig som begrunnelse for å nekte en anke fremmet, men slik at retten ellers har vært ganske ubundet av bestemmelsen selv når reaksjonsfastsettelsen i ankeinstansen har medført relativt begrensede endringer. Bestemmelsen er foreslått videreført i ny § 39-11(2), annet punktum med en noe endret ordlyd.

Et annet spørsmål er om en avgjørelse skal kunne endres til skade for domfelte når ingen andre enn domfelte har anket. Etter gjeldende rett står ankeinstansen i utgangspunktet fritt til å endre underinstansens dom til skade for domfelte. Etter Oslo statsadvokatembeters syn bør denne praksis videreføres. Det vil på ingen måte minske ankefrekvensen dersom domfelte ved å anke ikke vil kunne risikere strengere reaksjon, men kun ha en mulighet for frifinnelse eller straffereduksjon.

Slik bestemmelsene om fastsettelse av saksomkostninger praktiseres i straffesaker, så vil dette heller ikke ha noen begrensende effekt når det gjelder spørsmålet om å inngi anke.

8.12 Påtalemyndighetens adgang til å anke til gunst

Påtalemyndigheten har i dag i medhold av strpl. § 309 adgang til å anke en rettskraftig avgjørelse til gunst for siktede, uavhengig av ankefrist (jf. Rt. 2003 s. 1108, avsnitt 19 med videre henvisning). Utvalget er under punkt 23.3.3. av den oppfatning at bestemmelsen til dels er overlappende med gjenåpningsinstituttet og uklar med hensyn til kompetanse til å treffe avgjørelse, og foreslår den derfor ikke videreført. Oslo statsadvokatembeter er uenig i dette. Adgangen til å anke til gunst er en praktisk mulighet til relativt enkelt å få endret eller opphevet en avgjørelse som åpenbart ikke skal bli stående, og det er god prosessøkonomi i å videreføre adgangen. I praksis kan det ikke sees at det har oppstått problemer ved delvis overlapping mellom anke og gjenåpning. I åpenbare tilfeller hvor en dom må oppheves eller lignende, ber påtalemyndigheten ofte ankeinstansen om at saken behandles uten ankeforhandling i medhold av strpl. § 322. Praktiske eksempler for når det ankes til gunst er når det viser seg at en domstol ikke har vært korrekt besatt, når et angivelig ikke vedtatt forelegg har vært pådømt hvor det viser seg at en vedtakelse har skjedd såpass kort tid før pådømmelse at det ikke har blitt registrert av møtende aktor, hvor det i ettertid viser seg at en sak har blitt pådømt uten tiltaltes tilstedeværelse og det senere viser seg at det forelå gyldig fraværsgrunn, eller når det er åpenbart at en straff har blitt for streng. Det er også praktisk å ha en slik ankeadgang når det fremkommer opplysninger om manglende strafferettslig tilregnelighet i en sak og hvor dette også kan ha betydning for tidligere rettskraftige dommer. Ankeadgangen gjelder også for inndragning, jf. strpl. § 389 siste ledd, som viser til tvistelovens regler. Tvisteloven har ingen bestemmelse som tilsvarer strpl. § 392 annet ledd, noe som begrenser muligheten for å endre en uriktig dom.

Alternativet til å anke til gunst vil etter utvalgets forslag måtte være begjæring om gjenåpning, hvor kommisjonen ikke har adgang til å beslutte annet enn gjenåpning. Det skal så oppnevnes en sideordnet domstol for videre behandling med ytterligere prosess og saksbehandling for å kunne komme frem til det samme resultatet.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning har adgangen til å anke til gunst for siktede fungert som en praktisk sikkerhetsventil som det ikke har fremkommet vesentlige innvendinger mot, og som bør videreføres. Den harmonerer dessuten med påtalemyndighetens objektivitetsplikt.

8.13 Høyesterett

Høyesteretts oppgave som tredjeinstans er først og fremst å sørge for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling ved å behandle prinsipielle saker, slik situasjonen er i dag. Unntaksvis kan en sak fra tingretten bringes direkte inn for Høyesterett med samtykke av Høyesteretts ankeutvalg. Denne adgangen benyttes i svært begrenset omfang, og Oslo statsadvokatembeter har ingen øvrige bemerkninger om dette siste til utvalgets lovforslag.

Skal en anke over dom fremmes for Høyesterett, må den enten ha prinsipiell betydning, eller andre grunner må tilsi at det er særlig viktig med realitetsbehandling der, jf. straffeprosessloven § 323 første ledd. Utvalget foreslår at gjeldende rett videreføres for så vidt gjelder siling av anke over dom til Høyesterett, se utkastet § 38-3 annet ledd. Oslo statsadvokatembeter er enig i dette.

Gjeldende strpl. § 323 annet ledd tredje punktum er ikke videreført i lovutkastet, men synes å være forutsatt på s. 653 i motivene. Bestemmelsen er praktisk for begrensninger i en ankehenvisning, og bør fremkomme også i lovteksten.

Utvalget mener at reglene om Høyesteretts behandling av anker i straffesaker bør være som i dag, med enkelte mindre justeringer i bestemmelsene om domstolens kompetanse og såkalt direkte anke. Gjeldende strpl. § 323 er i lovutkastet spredt på flere bestemmelser i kap. 38 og 39 som gjelder henholdsvis avvisning / henvisning av anke og realitetsbehandling av anke, noe som skaper en viss uklarhet idet ankeutvalgets kompetanse under ankeprøvingen til å oppheve eller frifinne fremgår av § 39-2. Oslo statsadvokatembeter har ingen innvendinger mot utvalgets øvrige forslag.

Høyesteretts ankeutvalg har etter dagens regler ikke kompetanse til å treffe avgjørelser uten ankeforhandling som beskrevet i strpl. § 322 første ledd nr. 3 for lagmannsretten. I tilfeller hvor det fremstår som åpenbart at idømt straff er for streng, eventuelt når påtalemyndigheten har tiltrådt domfeltes anke eller anket til gunst, har ankeutvalget i dag ingen annen mulighet til å sette ned straffen enn å henvise anken til behandling i avdeling. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning bør Høyesteretts ankeutvalg gis en tilsvarende mulighet som lagmannsretten har til å sette ned straff, men at denne i tilfelle bør begrenses noe til tilfeller hvor det foreligger enighet om resultatet mellom påtalemyndigheten og domfelte og ankeutvalget enstemmig finner resultatet klart. Dette vil kunne gi en prosessøkonomisk gevinst ved å medvirke til å redusere antallet unødvendige rettsmøter.

9.1 Kapittel 40. Fullbyrding

9.1.1 § 40-2. Iverksetting

Det er riktig som beskrevet i utkastet bokstav c) at politiet effektuerer gjenstandsinndragning, men utvalget synes å ha oversett at det er Statens Innkrevingsssentral som innkrever verdinndragningskrav, jf. straffeprosessloven § 456 første ledd, og utkastet bokstav b).

I våre kommentarer til heftelsesinstituttet anbefales at påtalemyndigheten får adgang til å beslutte heftelse etter rettskraft for å styrke inndragningsarbeidet, og særlig mulighetene til å innfordre idømte verdiinndragningskrav.

I den forbindelse bør politiet, sammen med Statens Innkrevingsssentral ha adgang til innfordring av idømte pengekrav. Statens Innkrevingsssentral har ingen mulighet til å avdekke at kriminelle har midler dersom de unngår å stå registrert med eiendom, fast arbeid, mv. Som kjent unngår kriminelle slike offentlige posisjoner, særlig ved bruk av stråmenn eller kontantøkonomi. Derimot har politiet en større mulighet til å avsløre at kriminelle eier midler, f.eks. ved politikontroller og gjennom ordinær patruljevirkksomhet.

Etter vårt syn bør politiet ha adgang til å sikre midler etter rettskraft. Midlene overføres deretter til Statens Innkrevingsssentral, som tar videre forføyning.

10 DEL 11. PENGEKRAV MV.

10.1 Kapittel 43. Sivile krav

10.1.1 § 43-2. Pådømmelse av rettskrav

Oslo statsadvokatembeter støtter innføring av at administrative sanksjoner kan pådømmes sammen med straffesaken. Dette kan bidra til en samlet sett mer effektiv og riktig reaksjon mot tiltalte. Det må imidlertid forutsettes at påtalemyndigheten får den nødvendige bistand fra forvaltningsorganet i saksforberedelsen og iretteføringen.

10.1.2 § 43-5. Forsvarerens og bistandsadvokatens ansvar for sivile krav

I utredningen på side 672 fremgår det følgende:

“I ytterste konsekvens kan det tenkes at en forsvarer som får i oppdrag å bistå med et sivilt krav ved å fremme innsigelser, vil overtre gjerningsbeskrivelsen i et straffebed. Forsvareren må imidlertid innrømmes et vidt handlingsrom for å sikre et effektivt forsvar mot straffekravet, slik at en eventuell overtredelse vil måtte omfattes av den alminnelige rettsstridsreservasjon – også situasjoner der advokaten for eksempel er klar over at han eller hun ved å utføre sitt oppdrag bidrar til å sikre det som sikkert eller overveiende sannsynlig er utbytte av en straffbar handling.”

Oslo statsadvokatembeter er usikker på om ovennevnte sitat er dekkende for gjeldende rett, særlig under henvisning til Rt. 2011 s. 1.

Det er viktig å skjelne mellom advokatens plikter i skranken på den ene siden, og handlinger som han foretar utenfor rettsarenaen. Dersom advokat skjuler eller gir råd om fjerning av bevis eller utbytte, er man åpenbart over i det straffbare.

Dersom ovennevnte sitat, eller temaet for øvrig, skal inn i forarbeidene til den nye straffeprosessloven, bør utredningens uttalelser nyanseres noe fra departementets side, særlig av hensyn til de advokater i fremtiden som vil gå nær grensen for det straffbare.

10.1.3 § 43-11. Pådømmelse. Dom for del av kravet. Ensrettingsprinsippet. Oppfyllelse

Tredje ledd gjelder erstatningskrav. Oslo statsadvokatembeter er imot gjeninnføringen av ensrettingsprinsippet sammen med en garantiordning for fornærmede.

En kan ikke se at det i dag reises spørsmål ved den strafferettslige frifinnelse i saker der skadelidte idømmes erstatning. Det synes som at dette dobbeltinstituttet er forstått, og at media og opinion har slått seg til ro med ordningen. Behovet for det som gjerne kalles "rene frifinnelser" synes således ikke å være til stede slik utvalget legger til grunn.

Med utvalgets forslag er det en risiko for at opinionen i enkeltsaker vil ha innvendinger til at skattebetalerne skal dekke erstatningsansvaret til enkeltpersoner de anser som "reelt sett" skyldige. Dette er naturligvis juridisk galt, men uansett kan man se for seg at mange vil kunne føle dette støtende.

Det er flere forhold som begrunner at dagens system bør opprettholdes: Fornærmede – særlig i voldtekts- og overgrepssaker – risikerer i tiltagende grad å bli møtt med påstander om anmeldelse av økonomiske motiver. Dette er ødeleggende for ofrenes troverdighet.

Etterforskning og iretteføringen vil i alminnelighet opplyse krav som springer ut av en straffbar handling og effektivitetshensyn tilsier at hverken partene eller samfunnet skal belastes med flere rettsprosesser enn nødvendig. Det er også grunn til å tro at den personlige og økonomiske belastningen ved sivilt søksmål innebærer at mange skadelidte vil unnlate å forfølge kravet dersom de må gjøre det selv.

En garantiordning kan gi resultater med uheldige signaler fordi skadevolder slipper å stå til ansvar, til tross for at ansvarsgrunnlag er til stede. Frykten for erstatningsansvar har en selvstendig forebyggende effekt hos den potensielle skadevolder. Det vil oppfattes støtende at samfunnet må bære kostnadene for skadevolders handlinger. I tillegg kan staten risikere å utbetale erstatning til tross for at det ikke er grunnlag for det. I tillegg er den foreslåtte ordning sterkt byråkratifremmende.

10.2 Kapittel 44. Sakskostnader

10.2.1 § 44-2. Statens krav om dekning av sakskostnader

Våre bemerkninger til paragrafen begrenser seg til første ledd: Det er forhold som taler imot å innføre en regel om at sakskostnader er betinget av at mistenkte har vidløftiggjort saken. Frykten for sakskostnader kan virke motiverende på å vedta forelegg og for å kunne velge tilståelsesdom, samt unnlate å anke. I tillegg vil den foreslåtte regelen være prosessfremmende.

Etter Oslo statsadvokatembeters syn er dagens regel mer hensiktsmessig.

10.3 Kapittel 45. Erstatning etter strafforfølgning

10.3.1 § 45-2. Mistenkte og domfeltes rett til erstatning for økonomisk tap

Ved et eventuelt bortfall av skillet mellom mistenkt og siktet er det grunn til å spørre seg om retten til erstatning vil bli for omfattende. Etter vår mening er konsekvensene av denne endringen for dårlig utredet. Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning har dagens erstatningsregler i strpl. kap. 31 fungert tilfredsstillende, og det bør drøftes grundigere om det er sider ved dagens ordning som trenger å endres. Prinsippet for når staten skal betale erstatning for forfølgning bør avpasses hvilke inngrep og alvorligheten av slike som skal erstattes, og ikke alene på grunn av at utvalget finner opprettholdelse av siktetbegrepet i gjeldende straffeprosesslov uhensiktsmessig. At forslaget vil medføre økonomiske konsekvenser ved økede utgifter for staten, anses utvilsomt idet personkretsen av hvem som skal gis erstatning vil bli utvidet. Det vises til det som tidligere er omtalt om bortfallet av skillet mellom mistenkt og siktet særskilt, og om den usikkerhet som etter lovforslaget foreligger for når noen er å anse som mistenkt eller ikke, samt at begrepet mistenkt ikke har noen sammenheng med hvilket stadium i prosessen man befinner seg i eller hvilke (tvangs)inngrep som er foretatt.

Erstatningsbestemmelsene skal kompensere for skadevirkninger etter etterforskningsskritt som i utgangspunktet er rettmessige handlinger, og mange av disse etterforskningsskrittene er

underlagt domstolskontroll. Det må foretas en erstatningsmessig avgrensning av politiets og påtalemyndighetens rettmessige utførelse av oppgavene ved å avdekke og iredteføre straffbare handlinger mot den enkeltes opplevde skade når mistankegrunnlaget har vært mangelfullt eller hvor det ikke har vært ført bevis for straffeskyld i tilstrekkelig grad. Situasjonene hvor det kan være grunnlag for å gi erstatning er mangeartede; alt fra hvor etterforskingen på et tidlig tidspunkt avdekker at det ikke lenger foreligger skjellig grunn til mistanke, til situasjoner hvor det kanskje blir en frifinnelse først i ankeinstansen, og hvor den mistenkte gjør det som er mulig for å hindre sakens opplysning eller aktivt fjerner bevis.

Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning er dagens erstatningsregler innenfor de krav som stilles i EMK artikkel 6. Utvalgets forslag utvider etter vår oppfatning uskyldspresumsjonens rekkevidde.

Bestemmelsen i strpl. § 446 første ledd a til c, hvorefter erstatningen kan settes ned eller falle bort, anses hensiktsmessig og bør videreføres. Siktedes adferd bør utvilsomt ha betydning for utmålingen av erstatning, og det motsatte vil lett kunne oppfattes som støtende. Dette er også i samsvar med øvrig erstatningsrettslige prinsipper. Utvalgets forslag til endringer i § 45-7 (1) fremstår ikke som klare, blant annet når det gjelder medvirkningshandling eller når det er tvil om subjektiv skyld. I den gjeldende bestemmelsen i § 446 er det at den siktede uten rimelig grunn har benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring, ett av momentene som skal hensyntas. Dette kan ikke sees foreslått videreført.

Etter strpl. § 449 skal krav settes frem for det politidistrikt som har etterforsket saken, og påtalemyndigheten skal uttale seg om kavet. Etter forslaget til ny § 45-11 (2) synes det som om påtalemyndighetens adgang til å uttale seg om kravet svekkes ved at departementet skal innhente sakens opplysninger og at det er departementet om det skal be om påtalemyndighetens uttalelse. Selv om en god del av erstatningssakene fremstår som ganske opplagte, er det Oslo statsadvokatembeters oppfatning at påtalemyndighetens uttalelser i mer omfattende og kompliserte saker er verdifulle.